

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

CAPACITÉ REQUISE

EN MATIÈRE

DE CONTRAT DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

P. MAHOT DE LA QUÉRANTONNAIS

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

DE LA
CAPACITÉ REQUISE

EN MATIÈRE

DE CONTRAT DE MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 2 juin 1898 à 10 heures

PAR

P. MAHOT DE LA QUÉRANTONNAIS

Président : M. WEISS

*Suffragants : { MM. BOISTEL, professeur
PIÉDELIEVRE, agrégé*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1898

DE LA

CAPACITÉ REQUISE

EN

MATIÈRE DE CONTRAT DE MARIAGE

Lorsqu'on parcourt les dispositions du Code civil qui déterminent la capacité des personnes, on est amené à constater que le législateur s'est montré plus rigoureux pour permettre aux incapables de disposer de leurs biens que pour accomplir les actes qui touchent à leur état.

Spécialement, en ce qui concerne le mariage, on voit le Code autoriser le mineur à se marier avant qu'il ait atteint sa majorité civile. Le prodigue et le faible d'esprit qui sont incapables de faire les transactions les plus importantes, relativement à leur patrimoine, sont sans aucun doute capables de se marier. La jurisprudence et beaucoup d'auteurs autorisent aussi l'interdit à contracter mariage, alors qu'il est atteint d'une incapacité générale quant à la gestion de sa fortune.

Et cette constatation amène à se poser la question de savoir si le contrat de mariage qui règle les intérêts pécuniaires des futurs époux ne doit pas être régi par les mêmes règles de capacité que le mariage lui-même. Il y a en effet un lien très intime entre le contrat qui unit les personnes et celui par lequel les futurs époux associent leurs intérêts pécuniaires ou règlent la part contributoire de chacun dans les charges du mariage. On ne peut s'empêcher de reconnaître que les conventions pécuniaires jouent un rôle considérable, prépondérant dans la conclusion du mariage. Et dès lors si le législateur croit devoir autoriser le mariage des incapables, doit-il se montrer plus rigoureux pour la conclusion des conventions matrimoniales ? Les précautions qu'il prend pour garantir les incapables, quand il s'agit de leur personne, ne doivent-elles pas suffire à plus forte raison quand il ne s'agit que de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires ? Et n'est-il pas probable que le législateur a voulu donner à l'incapable la même protection lorsqu'il veut se marier et lorsqu'il veut faire son contrat de mariage ?

Telle est la question qui se pose au début de cette étude. Avant de voir quelle solution lui a donnée notre législateur, voyons comment l'avaient résolue les législations anciennes.

En droit romain, on ne paraît pas s'être préoccupé de la question.

La capacité requise du mineur romain pour passer ses conventions matrimoniales était en principe la même que pour les autres actes de la vie civile.

Le mariage n'était pas possible pour le mineur impubère. Il ne pouvait être question d'établir des règles spéciales de capacité pour faire son contrat de mariage. Et du jour où il devenait pubère, il acquérait en même temps sa pleine capacité, jusqu'à l'époque toutefois où se généralisa le système de la curatelle des mineurs de 25 ans.

Arrivé à l'âge de puberté, le jeune romain était *in patria potestate* ou *sui juris*.

S'il était encore soumis à la puissance paternelle, il ne pouvait guère songer à s'obliger puisqu'il n'avait pas de patrimoine. Son mariage fut longtemps imposé par son *paterfamilias*.

S'il était *sui juris* il passait en toute liberté ses conventions matrimoniales sous le bénéfice des restrictions introduites par la loi *Plaetoria* et par l'*in integrum restitutio* que le prêteur accordait au mineur lésé.

Tel fut longtemps le droit commun pour les mineurs du sexe masculin. Quant aux femmes, elles étaient soumises à la tutelle perpétuelle. Il arriva aussi un moment où le mineur de 25 ans devint incapable.

Mais, lorsqu'il s'agissait pour eux de faire des conventions matrimoniales, leur incapacité était-elle régie par des règles différentes de celles qu'on leur appliquait d'ordinaire ?

En ce qui concerne le mineur de 25 ans, les juriscultes romain ne paraissent pas s'être expliqués sur ce point : ce qui permet de supposer qu'ils n'ont pas voulu établir une capacité spéciale pour les conventions matrimoniales. Le mineur de 25 ans pourra donc obtenir *l'in integrum restitutio*, lorsqu'il aura été lésé ; et, du jour où le *consensus curatoris* lui sera devenu nécessaire, pour accomplir les actes, qui rendent sa condition pire, il pourra invoquer la nullité des actes passés sans ce *consensus* (1).

En ce qui concerne la femme, le consentement du tuteur est nécessaire, pour la *conventio in manum* : ce qui rendait probablement impossible l'acquisition de la *manus* par le laps d'un an (*usu*) lorsque la femme était en tutelle (2). Quant au mariage sans *manus*, l'*auctoritas tutoris* n'était peut-être pas nécessaire pour le contracter (3). Mais la femme devait obtenir cette *auctoritas*, pour passer ses conventions matrimoniales. Et même avec cette *auctoritas*, il ne lui était pas permis de disposer de toute sa fortune ; elle ne pouvait se constituer qu'une dot en rapport avec sa situation pécuniaire. *Sive generalis curator, sive dotis dandæ causa constitutis sit, et amplius doti*

(1) Girard, *Manuel du Droit romain*, p. 226.

(2) Cf. Cicéron, *Pro Flacco*, 34.

(3) Esmein, *Mélanges*, p. 14. — En sens contraire, Girard, *op. cit.*, p. 149, note 1.

promissum est quam facultates mulieris valent, ipso jure promissum non valet nous dit le jurisconsulte Terentius Clemens dans un texte où il nous apprend en même temps que le tuteur qui donnait son *auctoritus*, pouvait être soit général, soit spécial *dotis dandæ causa* (1).

Quant aux fous et aux prodigues qui sont en curatelle, nous ne trouvons aucune disposition qui règle leur aptitude à se marier et leur capacité de contracter mariage.

Nous sommes donc amenés à cette conclusion que le droit romain ne s'est pas préoccupé de résoudre la question que nous nous sommes posée au début de cette étude : et que nous devons chercher ailleurs la source de l'article 1398.

Au contraire, nous voyons cette question, préoccuper nos anciens auteurs dès une époque reculée, et les rédacteurs des coutumes lui ont donné souvent une solution. Mais c'est Dumoulin qui le premier a mis en lumière ce lien intime qui existe entre le mariage et les conventions matrimoniales, et c'est à lui que nous devons la formule célèbre qui a été la véritable source de l'article 1398 : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta omnia et renuntiationes quæ apponi in talibus solent*.

Comme on le voit, les auteurs, dans l'ancien droit,

(1) *Digestorum*, Lib. XXIII. Tit. III, l. 61.

se préoccupèrent de permettre aux incapables l'insertion dans leur contrat de mariage des clauses usuelles, en leur interdisant seulement de consentir des conventions extraordinaires.

Ainsi, Lebrun nous dit que « les mineurs ne laissent
« pas d'être restitués des clauses extraordinaires
« qu'ils ont passées dans leurs contrats de mariage;
« par exemple d'une donation et d'un ameublisse-
« ment excessifs, d'un douaire exorbitant, d'une
« communauté de tous biens; et il faut les mêmes
« formalités pour valider ces clauses, quoique sti-
« pulées dans un contrat de mariage, que pour les
« aliénations ordinaires de biens de mineurs (1).

Pothier formule les mêmes règles; et il en donne pour motif « qu'étant de l'intérêt public que les mi-
« neurs se marient, on doit leur permettre toutes les
« clauses ordinaires ». Des distinctions analogues étaient faites en ce qui concerne les autres incapables, notamment les prodiges.

Ainsi, le principe de l'article 1398 était déjà posé dans l'ancien droit, avec cette différence toutefois que nos anciens auteurs faisaient entre les diverses clauses une distinction qui a disparu dans le Code civil. Mais la difficulté était de trouver un criterium permettant de reconnaître des conventions ordinaires

(1) *Traité de la Communauté*. Lib. I, ch. III, n° 16 Béraut, sur l'art. 431 de la coutume de Normandie.

des conventions extraordinaires, et la difficulté était d'autant plus grande que les coutumes étaient loin de donner des solutions uniformes. Sans doute, il y avait certaines clauses que toutes les coutumes permettaient au mineur de consentir. Ainsi, le mineur pouvait ameubler ses immeubles jusqu'à concurrence du tiers; les futurs époux pouvaient stipuler que les meubles et conquêts appartiendraient au survivant.

Mais il y avait aussi des clauses qui étaient l'objet des plus vives discussions entre les anciens auteurs. Ainsi, quand une coutume comme celle de Blois (art. 161) permettait aux futurs époux de se donner réciproquement par contrat de mariage, leurs meubles conquêts, immeubles, et la moitié de leurs biens propres, on discutait sur le point de savoir si un mineur, apte au mariage, pouvait user de cette faculté accordée par le droit commun local ou s'il ne le pouvait pas. Dumoulin accordait cette faculté aux mineurs *etiamsi minores sint viginti quinque annis* disait-il. Sa décision, approuvée par Lebrun, était critiquée par d'Argentré (1).

Ces désaccords entre les différents jurisconsultes nous montrent les divergences sans nombre qui s'élevaient sur la portée des dérogations à l'incapacité en matière de conventions matrimoniales. Faute de texte, les juges étaient obligés de se prononcer d'après

(1) Cout. de Bretagne, art. 220, glose 2.

des analogies, et les usages de la coutume à laquelle ils appartenaienl.

On n'était même pas d'accord sur la partie de la règle telle que la formulait Dumoulin en ce qui concerne les garanties dont le mineur devait s'entourer même pour consentir les conventions *quæ apponi solent*. On admettait unanimement que les aliénations « qui ne passent pas la manière de contracter » n'étaient pas soumises à l'intervention d'un décret du juge. Mais quelques auteurs exigeaient que le mineur fût assisté par ses père et mère ou son tuteur (1). C'était la solution consacrée pour la Normandie par l'article 74 du règlement de 1666 (2). D'autres exigeaient un avis de parents ou tout au moins la signature des principaux parents au contrat de mariage (3).

Ces diverses controverses étaient d'autant plus vives que le droit était encore incertain, flottant; qu'il n'existait pas un droit unique régissant tous les Français ; mais qu'il y avait presque autant de législations différentes qu'il y avait de coutumes.

Qu'a fait le Code civil ? Il n'a statué que pour les mineurs ; et la controverse reste ouverte pour les autres incapables. Sans doute, certains auteurs ont prétendu que la pensée des rédacteurs du Code avait

(1) Pothier, *Communauté*, n° 306.

(2) Basnage, sur l'art. 431 de la Cout. de Normandie.

(3) Lebrun, *op. cit.*, n° 19. — Bourjon, *Dr. commun de la France*, l. 1, p. 456.

été d'étendre aux autres incapables les règles qu'ils avaient posées concernant les conventions matrimoniales du mineur ; et, à l'appui de leur opinion, ils citaient ce passage du discours du tribun Siméon au tribunat : « Comme il n'y a pas de minorité pour le mariage, disait le tribun, il n'y en a pas pour le contrat de mariage qui en est l'accessoire ; il serait étrange que celui qui dispose de sa propre personne ne puisse pas dans cette occasion disposer de ses biens. L'autorisation du tuteur ou de ses parents qui consacre son engagement suffit à plus forte raison pour en affirmer les pactes et exclure tout regret et toute restitution. »

La phrase où le Tribun dit que celui qui dispose de sa personne peut à plus forte raison disposer de ses biens est sans portée si on ne la détache pas de l'ensemble de son discours. Elle se trouve placée entre deux autres phrases qui visent le mineur. Son unique objet est de justifier la règle établie par l'article 1398 pour le mineur. Rapprochée des opinions de nos anciens auteurs, elle signifie simplement qu'il importe de ne pas entraver le mariage des mineurs, parce qu'il est de l'intérêt public de le favoriser. Elle laisse donc la question entière pour les autres incapables.

Nous aurons à nous demander quelle est la capacité des personnes incapables pour les conclusions de leurs conventions matrimoniales. Puis, quand

nous aurons examiné les conditions requises pour que le contrat de mariage d'un incapable soit valable, nous aurons à rechercher quelle est la sanction de l'inobservation de ces conditions. Enfin, dans une troisième partie, nous donnerons un aperçu des législations étrangères en cette matière.

PREMIÈRE PARTIE

DES PERSONNES INCAPABLES DE FAIRE LEUR CONTRAT DE MARIAGE.

Le législateur a posé des règles précises en ce qui concerne l'aptitude du mineur à passer son contrat de mariage. Nous les étudierons dans un premier chapitre.

Nous aurons à rechercher dans un second chapitre s'il faut appliquer aux autres incapables les mesures spéciales édictées par le Code civil en ce qui concerne le contrat de mariage des mineurs.

CHAPITRE PREMIER

CONTRAT DE MARIAGE DU MINEUR

La situation du mineur se trouve précisée dans les articles 1398, 1309 et 1095 du Code civil, le premier qui se trouve au siège même de la matière, les deux autres qui s'y réfèrent pour le compléter. Comme ils

doivent servir de base à toute notre étude, nous allons les transcrire immédiatement.

Article 1398. — Le mineur habile à contracter « mariage est habile à consentir toutes les conven-
« tions dont ce contrat est susceptible ; et les con-
« ventions et donations qu'il y a faites sont valables
« pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des
« personnes dont le consentement est nécessaire
« pour la validité du mariage. »

Article 1309. — « Le mineur n'est point restituable
« contre les conventions portées en son contrat de
« mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consen-
« tement et l'assistance de ceux dont le consen-
« tement est requis pour la validité de son ma-
riage. »

Article 1095. — « Le mineur ne pourra, par contrat
« de mariage, donner à l'autre époux, soit par dona-
« tion simple, soit par donation réciproque, qu'avec le
« consentement et l'assistance de ceux dont le consen-
« tement est requis pour la validité de son mariage ;
« et avec ce consentement, il pourra donner tout ce
« que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre
« conjoint. »

Comme on le voit, ces articles reproduisent l'ancienne règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, etc., mais ils lui donnent une partie beaucoup plus étendue. Ce ne sont plus seulement les clauses ordinaires qu'un mineur peut insérer dans son con-

trat de mariage ; mais toutes les conventions qui sont promises au majeur.

D'autre part, le législateur a tranché les difficultés qui avaient été soulevées dans l'ancienne jurisprudence relatives aux personnes qui doivent assister le mineur ; ce sont celles dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Ainsi, d'une part, l'étude des diverses conventions permises au mineur ; d'autre part, la recherche des personnes dont l'assistance est requise, telles sont les deux questions les plus importantes que nous aurons à examiner dans ce chapitre. Nous devons cependant dire tout d'abord, en quelques mots, à quels mineurs s'applique l'article 1398.

Avant d'entrer dans le détail de ces questions, nous devons faire observer que le système organisé par l'article 1398 fait au mineur une situation spéciale en ce qui concerne son contrat de mariage et qui déroge aux règles essentielles de la minorité.

a) D'abord c'est le mineur qui passe son contrat de mariage, alors qu'en droit commun il est représenté par son tuteur. La présence effective du mineur est une condition essentielle requise pour l'existence du contrat de mariage. L'absence de l'un des futurs époux, vicie radicalement le contrat (1). Les parents dont l'assistance est requise ne stipulent pas pour lui, ils l'assistent.

(1) Cf. Cass. av., 6 novembre 1895, D. P. 97, II, 25 note Sarrut.

b) Le tuteur en cette qualité ne joue aucun rôle dans la passation du contrat de mariage. Ce sont les personnes qui doivent consentir au mariage du mineur qui l'assistent dans son contrat de mariage. Et cette assistance suffit sans aucune des formalités protectrices dont la loi a entouré la gestion du tuteur.

c) Enfin avec cette assistance le mineur peut consentir même des donations (article 1095).

Ces préliminaires posés, étudions les questions que nous venons d'indiquer.

§ I. — *A quels mineurs s'applique l'article 1398 ?*

Aux termes de l'article 1398, tout mineur qui peut contracter mariage est en même temps apte à faire son contrat de mariage. Ce n'est donc qu'à l'âge de 18 ans pour le futur époux et de 15 ans pour la future épouse qu'ils pourront faire leurs conventions matrimoniales.

Toutefois si le mineur, bien que n'ayant pas atteint l'âge nubile, obtenait une dispense, conformément à l'article 145 du Code civil, il deviendrait sans nul doute capable de consentir ses conventions matrimoniales dans les conditions prévues par l'article 1398. Comme l'a dit avec raison la Cour de Bastia : « la dispense d'âge autorisée par l'article 145 du Code civil a nécessairement pour effet d'attribuer tous les

« droits et toutes les capacités que la loi confère à « l'âge requis pour le mariage » (1).

Jusqu'à quel âge s'étend la minorité en notre matière? Faut-il lui donner la même durée qu'à la minorité matrimoniale qui ne cesse qu'à 25 ans pour les personnes du sexe masculin? Il s'est trouvé un auteur pour le soutenir; (2) c'est l'unique raison qui nous a poussés à parler de cette question sur laquelle nous n'aurions pas insisté. Mais l'expression « minorité » n'a qu'un sens dans notre loi. Elle comprend la période qui s'écoule jusqu'à l'accomplissement des 21 ans. Quand on parle d'une personne mineure quant au mariage, on emploie une expression défectueuse, qui n'est nulle part employée par le législateur avec cette signification. D'ailleurs on ne saurait admettre que l'article 1398 qui édicte une disposition de faveur pût être retourné contre le majeur qui est capable de consentir tous les actes civils dès qu'il a atteint 21 ans. L'article 488 n'y apporte qu'une restriction, celle relative au mariage, sans ajouter une autre restriction relativement au contrat de mariage (3).

(1) 3 février 1836, Sir. 36, II, 247, Sic-Aubry et Rau V, § 502, p. 242; — Baudry-Lacantinerie. Le Courtois et Surville. *Du contrat de mariage* I, n° 141.

(2) Odier, *Traité du cont. de mariage*, II, n° 607.

(3) Aubry et Rau V, § 502, texte p. 241. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n° 155; — Guillaud, *Contrat de mariage* I, n° 302. — Laurent XXI, n° 212.

§ II. — *Quelles conventions le mineur est-il capable de faire ?*

Le Code civil a rompu sur ce point avec la tradition. Il rejette la distinction des clauses ordinaires et extraordinaires de l'ancien droit. L'article 1398 est général, absolu, et combiné avec les articles 1095 et 1309 il nous montre clairement que le mineur assisté peut, dans son contrat de mariage, faire les mêmes donations et aliénations qu'un majeur (sauf toutefois l'exception de l'article 2140 que nous étudierons plus loin.)

Mais il ne faut pas non plus exagérer la portée de l'article 1398. Le mineur est relevé de son incapacité ; mais seulement pour les conventions qui ont trait au mariage, qui règlent les rapports respectifs des époux. Une convention d'une autre nature bien qu'insérée dans le contrat de mariage n'en demeurerait pas moins soumise aux règles ordinaires (1).

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'acte énonce expressément que les conventions ont été consenties en faveur du mariage. La situation des époux, leur fortune, le rapport qui pourra exister entre la con-

(1) Cass. 11 déc. 1882, Sir. 83, I, 411 ; Limoges, 29 janvier 1879, Sir. 79, II, 232.

vention et les autres clauses du contrat seront autant d'indices qui, au cas d'incertitude, permettront de voir quelle intention guidait les époux lorsqu'ils ont inséré cette clause et de reconnaître si effectivement elle a trait au mariage. Ce principe, d'après lequel le mineur n'est capable que pour les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, a été reconnu et fixé par de nombreux arrêts ; et la doctrine est en complet accord sur ce point avec la jurisprudence. Si nous insistons, c'est que les applications de cette règle peuvent être quelquefois délicates ; et il est parfois difficile de distinguer une convention de mariage d'une clause étrangère. M. Labbé, dans une note qui se trouve dans le recueil de Sirey, sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 février 1869 (1) met bien en lumière cette difficulté : « En rejetant le
« pourvoi contre l'arrêt de X, la Cour régulatrice a
« considéré comme étrangère au mariage la constitu-
« tion d'une dot faite par un père sous la charge de
« lui payer ses dettes et de lui servir une rente via-
« gère (arrêt du 10 décembre 1867). Peut-être, en effet,
« l'énormité des charges effaçait elle le caractère de
« libéralité qui de la part du constituant doit dominer
« dans une constitution de dot. Mais, assurément, il
« ne faudrait pas généraliser et aller jusqu'à dire que
« les donations faites par contrat de mariage ne peu-

(1) Sirey 69. I, 134.

« vent pas, sans devenir étrangères au mariage, con-
« tenir des charges réservées, soit au profit du dona-
« teur, soit au profit d'un tiers. »

Ainsi, il sera souvent difficile de savoir si une convention, ayant toutes les apparences d'une donation, contient une véritable donation en faveur du mariage ou n'est en réalité qu'un contrat à titre onéreux n'ayant pas trait au mariage et que le mineur assisté conformément à l'article 1398 ne pourra valablement consentir.

Il est cependant une convention que la loi interdit au mineur de consentir, c'est la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée. L'article 2140 du Code civil contient une disposition expresse à cet égard : Les parties majeures seules peuvent convenir qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari. Le texte de l'article 2140 est si formel qu'il faut décider que la restriction de son hypothèque légale, à certains immeubles du mari, consentie par la femme mineure dans son contrat de mariage n'empêche pas que la femme puisse faire valoir son hypothèque légale sur d'autres immeubles que ceux auxquels elle a déclaré la restreindre dans son contrat de mariage. La jurisprudence, et la grande majorité des auteurs, se prononcent en ce sens (1).

(1) Caen 15 juillet 1836, Sir. 37, II, 229 ; Lyon 30 mai 1844 ; Sirey 44, II, 449 ; Grenoble 25 août 1847 ; Sir. 48, II, 301 ; Limoges 2 avril 1887 ; Sir. 88, II, 216. — Aubry et Rau V, § 502, texte et

Néanmoins, un arrêt de la Cour de Paris du 10 Août 1816 émet une opinion contraire « Considérant, dit cet arrêt, que la renonciation à toute hypothèque est interdit au mineur comme au majeur ; « mais la clause de réduction de l'hypothèque légale « est au contraire une stipulation aussi licite que très « ordinaire dans les contrats de mariage surtout entre « gens aisés. » Cet arrêt paraît dire que l'article 2140 ne s'est pas occupé du cas du contrat de mariage ; mais il contient une grave erreur. La simple lecture de l'article 2140 montre jusqu'à l'évidence que cet article a justement visé le cas du contrat de mariage, et que, dans ce cas, les parties majeures seules pouvaient consentir la restriction de l'hypothèque légale de la femme. Et, en présence de ce texte si précis, il n'y a pas lieu de se demander si cette clause est ou non justifiée. La jurisprudence peut combler les lacunes du législateur ; mais il ne lui appartient pas de modifier les lois existantes.

La discussion du Conseil d'Etat sur l'article 2140 fournit un puissant argument à notre décision. La première rédaction du projet était ainsi conçue : Lorsque dans le contrat de mariage, les parties seront convenues, etc. Ce mot « les parties » comprenait évidemment les majeurs et les mineurs. Mais quelques

n° 24. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville I, n° 143 ; — Guillaouard I, n° 304.

conseillers d'état firent observer que la disposition de cet article ne pourrait s'appliquer aux mineurs sans leur occasionner de grands préjudices. La rédaction fut changée ; et l'article définitif ne parla plus que des « parties majeures » (Séance du 5 ventôse, an XII.)

D'ailleurs la jurisprudence revint plus tard sur son opinion ; et dans un arrêt du 2 avril 1887 la Cour de Limoges décida que la clause insérée dans son contrat de mariage par laquelle la femme mineure consent à la restriction de son hypothèque légale « doit être tenue pour nulle et non avenue ; que cette nullité est absolue, d'ordre public, et peut être invoquée soit par la femme, soit par le mari, soit par les tiers qui y ont intérêt (1) ».

Mais, s'il est aisé de constater l'exception à l'article 1398, contenue dans l'article 2140, il est plus difficile d'en donner de bonnes raisons. On comprend facilement pourquoi la loi a interdit à la femme la renonciation absolue à son hypothèque légale. On n'a pas voulu que, trop confiante, elle se dépouillât de toute sûreté et abandonnât sa dot sans aucune garantie. A ce point de vue, la femme majeure est protégée aussi efficacement que la femme mineure. Mais pourquoi cette dernière ne peut-elle consentir la restriction de son hypothèque légale ? Lors de la

(1) Sirey 88, II, 216.

discussion au Conseil d'Etat de l'article 2140, le président Malleville donne comme raison « que le principe vulgaire suivant lequel celui qui est habile à « contracter mariage l'est aussi pour faire toutes les « conventions y relatives, devait s'entendre des conventions ordinaires à ces sortes de contrats, et non « d'une clause aussi insolite que celle proposée (restriction de l'hypothèque légale) qui serait consentie « par une femme mineure » (Procès-verbal du 5 ventôse, an XII).

La grande majorité des auteurs n'a fait que développer cette explication du président Malleville. Ils considèrent que la restriction de l'hypothèque légale est beaucoup plus dangereuse qu'elle ne le paraît ; car la restitution de la dot peut être compromise si la femme n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari. Mais, objecte-t-on, la femme est mal protégée ; car il lui est permis de faire une foule de conventions beaucoup plus graves que celle dont parle l'article 2140. Ainsi elle peut, dûment assistée, donner tous ses biens à son futur époux dans les limites de la quotité disponible. Alors pourquoi l'empêcher de spécialiser son hypothèque légale ? car qui peut plus, peut moins. La raison en est que la femme qui aliène, aliène en connaissance de cause. Sans doute, elle perd la propriété des biens aliénés ; mais cet abandon est un acte de sa volonté. Dès maintenant, elle peut mesurer les conséquences de la clause qu'elle

vient de signer. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de la restriction de son hypothèque légale. Un futur époux, profitant de la faiblesse de la femme, pourrait faire briller à ses yeux les avantages d'une semblable convention qui rendrait plus prospère leur commerce en augmentant le crédit du mari. La femme, ne comprenant pas la portée d'une clause aussi trompeuse et ne se dépouillant pas actuellement, consentirait le plus souvent la restriction de son hypothèque légale, alors qu'elle se serait opposée à toute donation, si minime et si opportune qu'elle eût été. Et puis, le principe qui peut plus, peut moins est incontestable, comme l'a fort bien montré le Premier Consul, lorsqu'il s'agit de choses du même ordre ; mais il ne peut être appliqué lorsqu'il s'agit de choses d'un ordre différent. Ainsi, la personne qui peut donner cent mille francs pourra à plus forte raison ne donner que cinquante mille francs. Mais il est difficile de comprendre comment une femme, qui, par ce fait qu'elle n'aliène pas, manifeste l'intention de retenir la propriété de ses biens, pourrait, cependant, dans un excès de faiblesse ou de confiance, abandonner une garantie que la loi lui a donnée sans son fait, parce qu'elle a jugé que cette garantie lui était nécessaire. (Discussion du Conseil d'Etat séance du 5 ventôse an XII.) Du reste l'article 2144 fournit au mari un moyen d'obtenir cette restriction après le mariage, lorsqu'elle est réellement utile.

Telles sont les raisons données par tous les auteurs pour expliquer l'exception de l'article 2140 au principe contenu dans l'article 1398. Ces raisons sont-elles satisfaisantes? Nous reconnaissons volontiers que la restriction de l'hypothèque légale est périlleuse pour la femme; mais la question n'est pas de savoir à quels dangers s'expose la femme qui consent cette restriction; nous nous demandons pourquoi le législateur a dérogé au principe posé dans l'article 1398. Or, la restriction de l'hypothèque légale est-elle moins dangereuse pour la femme majeure que pour la femme mineure? Et l'utilité de cette spécialisation de l'hypothèque que le législateur a reconnue lorsque la femme est majeure n'existe-t-elle pas aussi bien lorsque la femme est mineure? Aucune bonne raison n'a été donnée pour expliquer cette anomalie; et le législateur, ce nous semble, eût été mieux inspiré en ne dérogeant pas à l'article 1398. Plusieurs Cours d'appel ont compris l'inutilité de cette exception; et dans les documents relatifs au régime hypothécaire publiés en 1844 (Introduction p. 139) on voit que les cours royales de Paris, d'Aix, d'Angers, de Metz, ainsi que la faculté de droit de Grenoble ont proposé d'appliquer au mineur la disposition de l'article 2140 (1). Quoiqu'il en soit, l'article 2140 est formel; peut-être est-

(1) Dalloz, J. G. 13, n° 451.

il défectueux ; mais la loi existe ; il faut s'y conformer.

Mais ces raisons exposées plus haut et que nous sommes fort éloignés de trouver excellentes pour expliquer la dérogation à l'article 1398, ont cependant leur utilité ; car elles montrent bien l'étendue de l'exception contenue dans l'article 2140. Un futur époux, a-t-on dit, pourrait profiter de la faiblesse ou de la confiance de la femme pour l'amener à consentir la spécialisation de son hypothèque. Cette clause serait pour lui d'un grand avantage ; car son crédit serait augmenté ; et la femme lui aurait abandonné sa fortune sans aucune garantie. L'intérêt du mari, telle est la raison d'être, et l'étendue de l'exception de l'article 2140. Mais on peut concevoir la restriction de l'hypothèque consentie, non plus au profit du mari ; mais dans l'intérêt d'un tiers. Dans cette hypothèse, il n'y a plus lieu de déroger à l'article 1398 ; car les raisons de cette dérogation n'existent plus, puisque c'est un tiers qui profite de la restriction de l'hypothèque.

C'est l'opinion de MM. Aubry et Rau « Cependant, « disent ces auteurs, la femme mineure à laquelle « ses père et mère constituent une dot sous la condition de n'en réclamer le montant sur les biens « du mari, qu'après le paiement d'un créancier de ce « dernier, peut valablement se soumettre à cette condition » (1). A l'appui de leur décision, ils citent un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 jan-

(1) Aubry et Rau, III, § 264 ter, note 42.

vier 1859 (1) confirmant un arrêt de la cour de Riom du 28 janvier 1858. « Attendu, dit cet arrêt, que tout donateur peut imposer à sa donation toutes les conditions « qu'il juge convenables, pourvu que ces conditions « n'aient rien de contraire à l'ordre public et aux « bonnes mœurs ; attendu que les époux Marchand, « en constituant une dot à leur fille lui ont expressément imposé la condition de ne réclamer la constitution de cette dot sur le prix des biens de son futur époux, biens qui allaient être grevés peu après de son hypothèque légale qu'autant que préalablement et avant tout le sieur Goyon serait payé de sa créance sur le prix des mêmes biens ; que cette condition a été acceptée par la demoiselle Marchand et que le montant de la dot n'est devenu sa propriété, que grevé de cette condition ; qu'ainsi la donation et la condition qui y était imposée sont devenues inséparables, et que la demoiselle Marchand, femme Desolliers, n'a jamais eu à aucune époque, un droit antérieur et préférable au droit du sieur Goyon ; qu'elle n'a donc pu jamais se prévaloir d'un droit d'antériorité d'hypothèque, ni alléguer une prétendue cession d'un prétendu droit d'antériorité comme moyen de nullité — Qu'il n'a pu davantage exister dans le contrat de mariage une restriction d'hypothèque

(1) Sirey, 60, I, 353.

« légale ; qu'en effet, la demoiselle Marchand n'a ja-
« mais eu sur les biens de son mari une hypothèque
« qui fût de nature à être restreinte au profit du
« sieur Goyon dont les droits la primaient en vertu
« de l'obligation qui lui avait été imposée par le
« contrat et qu'elle avait subie par son acceptation ;
« que, du reste, cette obligation contractée par la
« demoiselle Marchand, femme Desolliers, ne diffère
« rait pas de toute autre obligation contractée par
« une mineure, laquelle, autorisée qu'elle est par ses
« père et mère, peut accepter valablement une dona-
« tion faite sous une condition ; qu'en le décidant
« ainsi, l'arrêt attaqué a écarté l'application des
« principes de droit étrangers à la cause, et a sai-
« nement apprécié la position légale des parties.

Rejette, etc...

C'est avec raison que la Cour de cassation a décidé que la femme ne pouvait se prévaloir, dans ce cas, de la disposition de l'article 2140 ; car la restriction suppose évidemment l'existence d'une hypothèque grevant les divers immeubles du mari, Or, dans notre hypothèse, il ne pouvait être question de restriction, puisque l'hypothèque de la femme n'avait jamais primé le droit du créancier du mari en faveur duquel la priorité avait été stipulée comme condition de la dot. De plus, l'article 2140 s'applique à une restriction de l'hypothèque légale, consentie au profit du mari lui-même ; or, dans notre cas s'agit-il

vraiment d'une restriction ? C'est bien plutôt une renonciation, en faveur d'un tiers. Or, pour une telle renonciation, la loi n'exige nullement que la femme soit majeure ; et il n'y a pas lieu de déroger au principe posé dans l'article 1398, car *exceptio est strictissimæ interpretationis* ; et l'article 2140 s'occupe exclusivement de la restriction. D'ailleurs, ce qui prouve que la restriction de l'hypothèque légale, au profit du mari, est vu, avec beaucoup plus de défaveur que la renonciation au profit d'un tiers, c'est que ni la doctrine, ni la jurisprudence n'exigent de la femme, qui veut renoncer pendant le mariage à son hypothèque légale en faveur d'un tiers, aucune des formalités prescrites pour la réduction de son hypothèque légale au profit du mari (article 2144).

La rédaction du texte que nous étudions a fait naître une controverse sur le point de savoir si la femme majeure peut consentir une restriction de son hypothèque légale, lorsque le mari est mineur. Ce qui fait naître le doute c'est que l'article 2140 suppose les parties majeures : donc, dit-on, le mari, aussi bien que la femme.

Il est vrai qu'on peut se demander pourquoi on exigerait que le mari fût majeur pour accepter une réduction de l'hypothèque légale de sa future épouse ; car elle ne peut que lui profiter. En cherchant bien on a trouvé un cas dans lequel il serait avantageux au mari de ne pas obtenir la restriction ; c'est celui

où cette restriction étant peu importante, il adviendrait par la suite qu'une réduction serait opportune. Elle serait impossible, parce que l'hypothèque légale restreinte par le contrat de mariage ne peut pas être réduite au cours du mariage (arg. art. 2144 cbn art. 2143). Il n'a pas cependant paru à la plupart des auteurs que cet intérêt problématique pût suffire à faire écarter la règle de l'article 1398 (1).

La disposition contenue dans l'article 2140 est la seule exception à l'article 1398; et en dehors de ce pacte, interdit au mineur habile à se marier, on a mesuré la capacité de ce mineur sur celle du majeur. Mais il nous faut étudier une question qui a été dans la doctrine l'objet des plus vives controverses et qui est maintenant fixée par la jurisprudence. La fille mineure peut-elle, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire, stipuler dans son contrat de mariage l'aliénabilité de la dot immobilière?

Avant le Code civil, cette question était tranchée de différentes façons; et la clause de l'aliénabilité de la dot immobilière était valable ou nulle selon qu'on la considérait comme ordinaire, comme une convention *quæ in talibus apponi solet*, ou bien qu'on la trouvait exorbitante, insolite. Dans le ressort du Par-

(1) Aubry et Rau V- § 264 ter, note 41. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville I, n° 143. Voy. cep. Zachariae, § 264, texte et note 21.

lement de Toulouse on autorisait la femme à consentir un pareil pacte ; « attendu que d'après la maxime *habilis ad nuptias*..., la femme X. était habile à stipuler toutes conventions matrimoniales comme une personne majeure et *sui juris* que la dotalité et les modifications de la dotalité font nécessairement partie des conventions matrimoniales. » Cf., jugement du tribunal de Villefranche du 27 juillet 1821. Au contraire, dans le ressort du Parlement de Bordeaux, on n'admettait pas la validité d'une pareille clause qu'on trouvait exorbitante.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour d'Agen du 15 janvier 1824 (1) que bien que les contrats de mariage soient susceptibles de renfermer toutes les clauses qui ne sont contraires ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, on ne peut cependant en induire que la jurisprudence du Parlement de Bordeaux dans le ressort duquel les parties étaient domiciliées ait voulu que la maxime *habilis ad nuptias*, etc., fut prise dans un sens tellement rigoureux qu'une fille mineure pût donner à son mari, dans son contrat de mariage, la faculté de vendre tous ses biens. »

On comprend que cette question ait soulevé de vives controverses dans l'ancien droit. La difficulté, comme nous l'avons dit précédemment, de trouver un critérium permettant de reconnaître les clauses

(1) Sirey 1824, II, 73,

usuelles que la femme pouvait consentir des clauses insolites, et aussi l'influence du droit romain qui gouvernait exclusivement certains pays étaient autant de raisons de désaccord dans les décisions des Parlements.

Mais cette opinion, qui s'expliquait encore dans l'ancien droit, n'avait plus aucune raison d'être à l'apparition du Code civil ; car la règle *habilis ad nuptias* ne comporte plus aucune distinction et l'article 1398 est général. Aussi ne comprend-on plus pourquoi certains auteurs, en présence d'un texte aussi formel, ont continué à soutenir que la femme mineure ne pouvait aliéner sa dot immobilière ; et qu'il y avait là une exception à l'article 1398. On s'étonne également de trouver quelques arrêts en ce sens. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Riom du 19 novembre 1809, que la femme X. était mineure à l'époque de son contrat de mariage ; qu'ainsi elle n'avait point la capacité d'aliéner ses biens.

« Attendu qu'on ne peut donner à un autre plus de pouvoir qu'on en a soi-même.

« Attendu que le pouvoir d'aliéner n'a rien de commun, surtout selon les règles établies lors du contrat de mariage de la femme X. avec les conventions matrimoniales qu'elle avait la capacité de stipuler. »

Cette théorie repose sur une erreur juridique. Les auteurs et les arrêts que nous combattons ont cru

que l'inaliénabilité de la dot immobilière avait le même caractère en droit français qu'en droit romain.

A Rome, l'inaliénabilité de la dot était d'ordre public. Elle avait sa raison d'être, non pas dans la personne ; mais dans les biens. Le fonds dotal était considéré comme bien indisponible, bien mis hors du commerce. Mais il n'en est plus de même en droit français. Sans doute la dot immobilière est inaliénable ; mais cette inaliénabilité ne résulte plus que de l'incapacité de la femme. Elle a sa cause non plus dans les biens ; mais dans la personne. Sa raison d'être n'est plus comme à Rome, dans l'indisponibilité des biens dotaux, ni dans leur affectation aux charges du mariage ; car sous tous les régimes il y a des biens affectés aux dépenses du ménage. C'est plutôt une mesure de protection. Ce que l'on veut, c'est protéger la femme contre sa propre faiblesse. L'inaliénabilité de la dot n'est plus maintenant que le résultat d'une convention parfaitement libre de la part des époux, convention qu'ils peuvent modifier, et même supprimer. « Tout le monde, dit Troplong, « comprend que l'inaliénabilité de la dot est un droit « extrême, nuisible à la liberté des transactions, et « susceptible de modifications dont le législateur lui-même admet l'opportunité (art. 1557). Dès l'instant que la loi autorise les partis à stipuler l'aliénation de la dot, il devient certain et évident que ce pacte ne doit pas être traité avec défaveur, et

« que ce n'est qu'à cause de son utilité que le Code
« civil en a accordé le libre usage.

« Aussi est-il constant aujourd'hui, malgré quel-
« ques efforts impuissants que, bien que mineure,
« l'épouse peut stipuler que sa dot sera alié-
« nable (1) ».

C'est d'ailleurs la théorie admise maintenant par
tous les auteurs et reconnue par la jurisprudence (2).

Il faut citer notamment un arrêt de la Cour de
Riom, du 3 novembre 1840 « arrêt important et digne
« de remarque, dit M. Troplong (3), qui maintient à
« l'article 1398 son sens pur et son caractère de
« généralité.

« Considérant, dit cet arrêt, que d'après l'ar-
« ticle 1398, le mineur habile à contracter mariage
« est habile à contracter toutes les conventions dont
« ce contrat est susceptible, pourvu qu'il ait été
« assisté dans le contrat : que les époux mineurs qui
« ont pu choisir entre les divers régimes tracés par le
« Code, ont pu en adopter un sans restriction et avec
« toutes ses conséquences ; qu'aussi ils ont pu
« adopter le régime dotal modifié ; Considérant que
« si d'après ces principes, la réserve que s'est faite la

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, I, n° 273. Sic, Aubry et Rau V.
§ 502 note 25 ; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 145.

(2) Req. 27 novembre 1826. — Agen 25 avril 1831. — Sirey, 31, II,
154. — Riom, 30 novembre 1840. Sir. 41, II, 17.

(3) Troplong, n° 274.

« femme X. lors du contrat de mariage d'aliéner ses
« immeubles avec le consentement de son mari était
« valable, elle a pu ratifier la vente qu'elle en avait
« faite pendant sa minorité. »

« Par ces motifs, etc.. (1). »

C'est pour la même raison qu'il faudrait décider que la femme mineure pourrait transporter à son mari par estimation et conformément à l'article 1552 du Code civil la propriété de la dot immobilière. L'acte bien que renfermant une vente, n'est pas moins une stipulation matrimoniale (2).

Mais nous nous trouvons en présence d'une question dont la solution offre une sérieuse difficulté (3).

On a reconnu que la femme mineure pouvait consentir valablement dans son contrat de mariage l'aliénation de sa dot immobilière ; mais la vente de ses biens dotaux, faite par le mari pendant sa minorité, sera-t-elle affranchie des formalités prescrites par les articles 457, 458, 459 du Code civil pour la vente des biens des mineurs ?

Une première théorie soutient que les formalités sont absolument nécessaires, et que dans aucun cas le mari ne peut s'y soustraire.

L'article 1398 n'habilite le mineur que pour les

(1) Sirey 41, II, 17.

(2) Duranton, T. XV, n° 424. — Tessier, T. I, note 428.

(3) Voir Rép. 3483 et s. cout. 453.

conventions de mariage, c'est-à-dire que la femme n'est réputée majeure que pour les conventions qui ont trait au mariage. Il ne faut donc pas exagérer la portée de cet article et l'étendre à d'autres actes comme une vente qui n'ont qu'un rapport éloigné avec le mariage. Sans doute la femme a le droit de permettre l'aliénation de ses biens dotaux ; mais la seule conséquence de cette clause est de placer l'immeuble, quant à la possibilité d'aliéner, dans la situation où il serait sous tout autre régime dans lequel la femme peut aliéner avec l'autorisation de son mari. Cette convention a pour seul effet de rendre la vente possible et non pas de changer la qualité du propriétaire de l'immeuble. La femme est mineure ; on vendra donc un bien de mineure ; et il faudra les formalités nécessaires à une vente de biens de mineurs.

Telle est la théorie qui a été développée par un certain nombre d'auteurs (1) et qui a été consacrée par divers arrêts (2). Elle nous paraît beaucoup trop absolue, nous ne pouvons l'admettre dans sa généralité, et une distinction nous paraît nécessaire. La femme n'a-t-elle donné à son mari le pouvoir de vendre ses immeubles qu'avec son consentement ? Alors nous reconnaissons que l'accomplissement des

(1) Battur, I, n° 43 et Laurent, XXI, n° 28.

(2) Bordeaux, 25 janvier 1826. Sir. 1828, II, 184, 188.

formalités est indispensable pendant la minorité de la femme, pour l'habilitier à donner ce consentement. Dans ce cas, la femme n'a pas donné à son mari mandat de vendre ; c'est elle qui vend en réalité puisque, d'après les termes du contrat de mariage, la vente sera valable ou nulle selon qu'elle donne ou refuse son consentement. Or, tant qu'elle est mineure la femme ne pourrait aliéner directement que dans les formes exigées pour la vente des biens des mineurs. Elle est donc également incapable de donner un consentement valable à l'aliénation faite par un tiers. Son contrat de mariage ne contient que la clause autorisant l'aliénation ; et c'est sur ce point seul que s'appliquera l'article 1398. La femme ne s'est pas expliquée sur la forme à donner à cette aliénation, elle a donc voulu suivre les règles du droit commun ; et il n'y a aucune raison de déroger aux prescriptions du Code civil.

Mais il en est tout autrement lorsque la femme, dans son contrat de mariage, a donné pouvoir à son mari de vendre ses biens dotaux. Ce mandat fait partie des clauses du contrat, c'est une convention matrimoniale que la femme pourra consentir valablement, d'après le principe posé par l'article 1398. La femme n'envisage pas seulement comme dans l'hypothèse précédente la possibilité d'une aliénation, de l'opportunité de laquelle elle sera seule juge. Elle va plus loin, elle détermine la manière dont se fera la vente. La femme

est toujours incapable de vendre ; mais ce n'est plus elle qui vend ; elle a par son contrat de mariage donné un droit positif à son mari. Quant à la possibilité de conférer un droit si étendu, elle ne saurait être mise en doute puisque le législateur reconnaît bien à la femme le droit de faire une donation à son mari, droit bien autrement exorbitant. Et qu'on ne vienne pas nous dire que le contrat de mariage ne peut pas modifier pour l'avenir la capacité, de la femme. Sa capacité, ou plutôt son incapacité reste la même. Comme le disent avec raison MM. Aubry et Rau (1) « il y aurait contradiction manifeste à lui conférer « une majorité anticipée pour le contrat lui-même et « à la traiter de nouveau comme mineure en tant « qu'il s'agirait de l'exécution de ce contrat. Le man- « dat tel qu'il a été donné au mari et qu'il a pu l'être « doit sortir son effet sans égard à la condition per- « sonnelle de la femme au moment où le mari en fera « usage »

Cette distinction a été bien mise en lumière dans un arrêt de la Cour de Grenoble du 16 décembre 1848 (2). Envisageant d'abord l'hypothèse dans laquelle la femme mineure n'a donné à son mari pouvoir d'aliéner qu'avec son consentement, cet

(1) Aubry et Rau, T. V, § 502, note 26. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville I, n° 146. — Guillouard, I, n° 306.

(2) Sirey, 49, 2, 417. Voir aussi Req. 12 janvier 1847. Sirey, 47, I, 241.

arrêt dit : Attendu que si le mineur émancipé par le mariage ne peut pas lui-même aliéner ses immeubles pendant sa minorité, le consentement qu'il donne dans cet état aux aliénations faites par son conjoint, et qui, d'après son contrat de mariage, ne seraient pas valables sans son consentement, ne peut pas, ne doit pas avoir plus d'effet que l'aliénation qu'il aurait faite personnellement. Il examine ensuite le cas du mandat de vendre donné à la femme mineure par son mari ; et s'exprime ainsi : Attendu que les décisions judiciaires ont à la vérité reconnu que le mari majeur pouvait, pendant la minorité de sa femme, user de la faculté de vendre, échanger, partager, à lui conférée par celle-ci dans son contrat de mariage, mais c'était dans le cas seulement où la femme ne s'était pas réservé de valider ces actes par sa présence et son consentement ; on conçoit alors qu'il importait peu que le mari majeur seul eût usé de ces pouvoirs pendant la minorité de sa femme, dès que ces pouvoirs étaient irrévocables comme le contrat lui-même.

Ainsi, pour nous résumer, notre opinion sur cette question si controversée est que les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs seront, pour le cas qui nous occupe, tantôt inutiles, tantôt nécessaires, selon que la femme mineure aura, dans son contrat de mariage, donné mandat de vendre à son mari, ou ne lui aura donné pouvoir de vendre qu'avec son consentement.

§ III

Recherchons maintenant quelles sont les personnes dont le consentement est nécessaire au mineur, quand il veut consentir ses conventions matrimoniales et dans quelle forme ce consentement doit être donné. L'article 1398 est formel : « pourvu, dit-il, que le mineur « ait été assisté dans le contrat, des personnes dont le « consentement est nécessaire pour la validité du « mariage. »

Si l'enfant est légitime, les articles 148 et suivants disent que le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère ; qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ; et qu'en cas de mort ou d'impossibilité de l'un de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. A défaut de père et mère ou s'ils sont déchus de la puissance paternelle, les aïeuls et aïeules, sont appelés à donner leur consentement sans que l'on tienne compte du degré où ils sont placés. Les deux lignes doivent donner leur avis ; le dissentiment dans les deux lignes est favorable au mineur et vaut consentement. Dans chaque ligne, l'avis de l'aïeul l'emporte sur celui de l'aïeule.

Il en est exactement de même pour la passation du contrat de mariage. L'attention a été récemment ap-

pelée sur cette question par un arrêt de la Cour d'Agen du 24 Octobre 1888 (1). La question ne paraît guère douteuse. L'article 1398 ne requiert que l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage. L'assistance de ces seules personnes est requise à peine de nullité. Il faudra sans doute consulter la mère comme le père, l'aïeul comme l'aïeule, les ascendants d'une ligne comme ceux de l'autre. L'ascendant qui n'aura pas été consulté pourra peut-être faire opposition au mariage. Mais le mariage célébré sera valable ; et il en sera de même du contrat de mariage.

On ne saurait permettre à des ascendants dont le consentement n'est pas requis pour la validité du mariage de rendre ce mariage impossible en refusant de signer le contrat de mariage. Il ne paraît même pas que le mineur soit obligé de les consulter comme pour le mariage. M. Planiol nous paraît avoir exposé une doctrine très exacte, en disant que la loi n'a pas dit dans l'article 1398 que pour faire valablement son contrat de mariage le mineur doit requérir le consentement de toutes les personnes qu'il est obligé de consulter pour son mariage. Sa pensée est qu'il est naturel que ceux qui autorisent son contrat de mariage approuvent en même temps ses conventions matrimoniales. Mais sans doute aussi, quoiqu'il l'attention

(1) D. P. 90, II, 105, Note Planiol.

des rédacteurs du Code ne se soit pas portée spécialement sur ce point, il est conforme à leurs intentions de décider que les consentements qui suffisent pour la validité de l'acte principal suffisent aussi pour la validité de l'acte accessoire, et il serait déraisonnable qu'il en fût autrement.

A défaut d'ascendant dans l'une et l'autre ligne, le conseil de famille est appelé à donner son consentement. C'est ce qu'a très justement jugé la Cour d'Agen, dans un arrêt du 28 Mai 1894 (1).

S'il y a dissentiment entre des parents divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit duquel le divorce ou la séparation aura été prononcé et qui aura obtenu la garde de l'enfant suffira (art. 155 modifié par la loi du 20 juin 1896.)

Si l'enfant est naturel il doit obtenir le consentement de ses père et mère qui l'auront reconnu. S'il n'a point été reconnu, ou s'il a perdu ses parents, il ne peut se marier qu'avec le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé (art. 159. C. c.).

Mais par qui sera nommé ce tuteur *ad hoc*. Le Code civil est muet, et il y a désaccord dans la doctrine. Par le conseil de famille, disent certains auteurs, par le tribunal disent les autres. Bien qu'en ce cas la composition du conseil de famille ne présente

(1) D. P. 97, II, 80.

pas toutes les conditions de protection désirables pour les intérêts du mineur, il nous paraît néanmoins plus désigné que le tribunal pour nommer un tuteur *ad hoc* au mineur. C'est d'ailleurs la solution admise par un arrêt de la Cour de Nîmes, du 9 mars 1875.

On peut apercevoir maintenant l'importante dérogation contenue dans l'article 1398, aux règles de l'autorité tutélaire. Le tuteur chargé des intérêts pécuniaires du mineur est écarté lorsqu'il s'agit du contrat de mariage de ce mineur. Il pourra même être primé par un ascendant, qui, bien que destitué de la tutelle, n'en aura pas moins conservé le droit de consentir au mariage. Ainsi un enfant mineur privé de son père ne pourra valablement faire ses conventions matrimoniales que s'il est assisté de sa mère, même si celle-ci s'est remariée et n'a pas été jugée digne de conserver la tutelle.

Mais quelle est la raison de cette exception au droit commun ? C'est que le législateur n'a pas voulu faire dépendre les conventions matrimoniales d'une autre volonté que celle qui consent au mariage. Il a voulu éviter le conflit qui aurait pu s'élever entre l'autorité des parents et l'autorité du tuteur, conflit qui eût été préjudiciable à l'enfant. Voici un mariage agréé par les parents ; il ne plaît pas au tuteur ; celui-ci n'accepte pas le contrat de mariage. Il eût été inique qu'une volonté étrangère ait obligé l'en-

fant à renoncer soit à son mariage, soit à un contrat de mariage avantageux. Aussi a-t-on considéré que le consentement aux conventions matrimoniales n'était pas un acte de gestion des biens, un attribut de la tutelle ; mais bien un attribut de la puissance paternelle, comme le consentement au mariage. Les conventions matrimoniales ont avec le mariage un lien si intime qu'il est tout naturel d'exiger le même consentement pour l'un et pour l'autre.

Ces raisons sont données par tous les auteurs. Mais nous arrivons à une question des plus importantes et qui, bien que résolue par la jurisprudence, est encore dans la doctrine l'objet des plus vives controverses. L'article 1398 est-il absolu et faut-il décider que l'ascendant assisterait valablement le mineur même au cas où il existerait entre eux quelque opposition d'intérêt au sujet de telle clause ou stipulation du contrat de mariage ? Ce qui rend ce problème si grave, si délicat, c'est qu'il contient un conflit entre deux principes consacrés par le Code civil ; lequel des deux l'emportera sur l'autre ? Le premier principe contenu dans l'article 1398 est celui que nous venons d'étudier. L'autre principe tout aussi général, sans l'observation duquel la protection des incapables ne serait qu'un vain mot, est consacré par les articles 420 et 838 du Code civil qui, sous une autre forme, a reproduit la maxime romaine : *Tutor in rem suam esse auctor non potest.*

Une personne intéressée ne peut servir de protecteur impartial. Faut-il étendre cette règle au cas qui nous occupe ou bien décider que même lorsqu'il y a opposition d'intérêts, l'article 1398 reste cependant applicable ? Après avoir admis l'une et l'autre opinion, la jurisprudence paraît maintenant bien fixée par un arrêt important de la Cour de cassation du 23 février 1869 (1), qui contient tous les arguments qu'ont fait valoir les auteurs, partisans de l'application, dans notre hypothèse, de l'article 1398.

« Attendu, dit-il, que cet article, loin de compor-
« ter l'application des règles ordinaires de la mino-
« rité et de la tutelle, et spécialement de la règle en
« vertu de laquelle le tuteur ne peut agir pour le mi-
« neur avec lequel il a un intérêt opposé, y déroge
« au contraire, puisque, considérant le mineur
« comme majeur pour le mariage, et pour toutes les
« conventions dont le mariage est susceptible, il l'a-
« bilite à faire ses conventions à la seule condition
« d'être assisté dans le contrat, non par son tuteur
« ou par ceux qui, à défaut du tuteur, en remplissent
« la fonction, mais par les personnes dont le consen-
« tement est nécessaire pour la validité du mariage ;
« que ce n'est donc pas en qualité de tuteur ; mais
« comme exerçant un des attributs de la puissance
« paternelle que le père, ou la mère en cas de décès

(1) Sirey, 69, 1, 194, note Labbé.

« du père, assiste le mineur dans son contrat de ma-
« riage ; et que dès lors il ne peut pas plus être rem-
« placé pour cette assistance qu'il ne pourrait l'être
« pour son consentement, que la loi en donnant ex-
« clusivement à ceux dont le consentement est néces-
« saire pour la validité du mariage qualité pour as-
« sister le mineur dans son contrat de mariage, et
« en réunissant indivisiblement ces deux attributions
« dans la même personne, a pensé avec raison que
« celui qui présentait des garanties suffisantes pour
« autoriser le mineur à faire l'acte le plus important
« de la vie, et qui engage au plus haut degré ses inté-
« rêts de toute sorte, présentait au moins les mêmes
« garanties pour l'habiliter à faire des conventions
« matrimoniales et qu'il n'aurait en vue que l'intérêt
« du mineur aussi bien pour l'assister dans les con-
« ventions que le mariage rend nécessaires, que pour
« consentir à son mariage, etc ».

Ces raisons sont-elles péremptoires ? Etudions-les chacune en particulier. Comme première raison l'arrêt nous dit que, pour la protection du mineur dans ses conventions matrimoniales le Code civil avait organisé dans l'article 1398 un système spécial, et que par conséquent cet article devait toujours être appliqué. Mais en quoi consiste au juste cette dérogation au droit commun ? dans un simple changement de personne. L'enfant est protégé non plus par son tuteur, mais par son ascendant ; mais il doit

toujours être protégé. Le législateur n'a pas entendu modifier les règles générales de la protection des incapables ; et n'a pas voulu abandonner les intérêts du mineur en lui donnant comme protecteur une personne qui a un intérêt opposé au sien. Il faut donc revenir au droit commun et se conformer au principe posé dans l'article 420 du Code civil.

On a dit également que c'était comme exerçant un des attributs de la puissance paternelle que l'ascendant assistait le mineur dans son contrat de mariage. Mais comme le fait remarquer avec raison un de nos maîtres regretté, M. Labbé, dans une note qui se trouve dans le recueil de Sirey au bas de l'arrêt ci-dessus rapporté, « si la puissance paternelle donne « droit à des égards et même à des avantages pécuniaires (l'usufruit légal) qui lui sont propres, elle ne « confère pas sur la personne et les biens de l'enfant « des pouvoirs qui ne puissent pas être exercés par « d'autres personnes non revêtues du même caractère « (C. Nap. 159, 160, 468). La puissance paternelle est « incommunicable, soit ; mais les actes qu'elle comporte peuvent être accomplis valablement en une « autre qualité. » De plus cette raison, qui se serait comprise en droit romain où la puissance paternelle était établie exclusivement dans l'intérêt du *paterfamilias*, est dénuée de fondement dans notre législation, puisque cette puissance existe aujourd'hui au profit de l'enfant. Or, est-ce l'intérêt véritable de

l'enfant d'être assisté par un ascendant intéressé ? Quant à l'affection paternelle, elle est assurément à considérer. Mais si la plupart des parents se laissent guider avant tout par leur tendresse pour leurs enfants, il en est aussi, en très petit nombre, nous le reconnaissons, qui feront passer leur intérêt tout d'abord. Mais c'est justement pour ces derniers que les lois sont faites. Sans doute la loi doit se reposer sur l'affection de l'ascendant ; toutefois, lorsqu'il est tuteur la loi ne veut pas le placer entre son devoir et son intérêt et elle a raison. Pourquoi aurait-elle plus de confiance dans l'ascendant quand il est appelé à assister le mineur dans son contrat de mariage (1) ?

L'arrêt cité plus haut a fourni un argument très sérieux en disant que la même personne doit autoriser le mineur et pour son mariage, et pour son contrat de mariage. La loi, disent les partisans de cette théorie, en ne parlant pas des personnes qui remplaceraient l'ascendant au cas d'opposition d'intérêts, a évidemment décidé que celui-ci pourrait dans tous les cas assister le mineur. Si le législateur avait voulu déroger à l'article 1398 il se serait expliqué. Certains auteurs disent même que cette lacune est regrettable ; mais le Code est muet ; et ce n'est ni à la doctrine, ni à la jurisprudence de suppléer au silence de la loi, et de faire parmi les personnes qui pour-

(1) Laurent, XXI, T. n° 23.

raient remplacer l'ascendant un choix qui serait nécessairement arbitraire. Cette raison est sérieuse ; mais est-elle décisive ? Nous ne le pensons pas. Sans doute le Code est muet ; mais avait-il à s'expliquer sur cette question ? Nous ne nous demandons pas si ce sera un conseil de famille ou un tuteur ou une autre personne qui remplacera l'ascendant ; le fait seul de se poser cette question serait la condamnation de l'opinion contraire à celle de la jurisprudence. Comme nous l'avons déjà expliqué, l'article 1398 est une exception aux règles générales de la tutelle ; mais dès qu'il ne s'applique plus littéralement, il n'y a pas lieu d'en étendre la portée : *exceptio est strictissime interpretationis*, et dès lors nous faisons moins une dérogation à l'article 1398 qu'un simple retour au droit commun. Nous ne nous lançons pas dans l'inconnu, dans l'arbitraire, nous appliquons simplement les règles du droit commun.

Mais les divers arguments de la Cour de cassation ne nous satisfaisant pas, nous allons donc être d'une opinion contraire à la sienne, et la logique du raisonnement nous conduira donc à décider que l'ascendant qui a des intérêts opposés à ceux du mineur ne pourra pas assister celui-ci dans ses conventions matrimoniales. Sans doute cette solution, qui est le résultat tout naturel de l'étude que nous venons de faire de l'arrêt de la Cour, nous paraît en elle-même supérieure à l'autre. Néanmoins, nous nous voyons

obligés de renoncer en pratique à cette solution que nous considérons comme la meilleure, et d'adopter celle de la jurisprudence que nous avons rejetée en théorie, comme contraire aux principes de droit rappelés dans les articles 420 et 838. En effet, avec notre système que se passerait-il dans la réalité? L'ascendant, quand bien même il serait remplacé à raison de l'opposition d'intérêts, n'en conserverait pas moins une influence prépondérante sur les conventions matrimoniales puisqu'il pourrait toujours refuser son consentement au mariage. Dès lors autant lui permettre de faire directement ce qu'il pourrait faire indirectement (1).

Si nous nous sommes étendus si longuement sur cette question, c'est que nous avons voulu montrer combien il était regrettable que le législateur ne se soit pas expliqué plus clairement sur ce point et ait laissé à la jurisprudence le soin de trancher une question aussi délicate.

La protection accordée au mineur ne consiste pas seulement dans un simple consentement des personnes sous l'autorité desquelles le mineur se trouve relativement au mariage. Les articles 1095, 1309 et 1398 que nous avons cités au commencement de

(1) Cf. Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 22. — Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n° 149. — Wahl, note dans *Sirey*, 95, IV, 1.

cette étude exigent encore l'assistance de ces personnes. Quelle est la véritable signification de ce mot assistance ? Si nous recherchons l'étymologie de ce mot (*sistere ad*) nous dirons qu'assister quelqu'un c'est être à ses côtés ; et si on voulait se conformer rigoureusement au vœu de la loi, il faudrait que les personnes dont l'assistance est requise se rendent avec le mineur dans l'étude du notaire, et discutent avec lui les clauses du contrat de mariage, ainsi que les contre-lettres qui peuvent le modifier. Mais cette opinion, juste en théorie, doit-elle, être en pratique, soutenue dans toute sa rigueur ? M. Duranton commença par être de cet avis, et décida que le texte de la loi devait être appliqué à la lettre. « Nous
« disions que le mineur qui n'a point d'ascendants
« et qui ne peut, conformément à l'article 160, se ma-
« rier qu'avec le consentement d'un conseil de famille,
« composé ainsi qu'il est prescrit par les articles 407
« et 408, n'était souvent assisté dans son contrat de
« mariage que de son tuteur, muni d'une délibéra-
« tion de ce conseil de famille réglant les clauses et
« conventions matrimoniales ; mais que cela nous pa-
« raissait irrégulier, attendu que la loi exige, outre
« le consentement des personnes dont le consentement
« est requis pour la validité du mariage, l'assistance de
« ces mêmes personnes et non pas seulement l'assis-
« tance du tuteur dont le consentement n'est pas celui
« qui est exigé pour la validité du mariage. Nous infé-

rions donc de là que l'assistance dans l'esprit de ces divers articles n'était pas la même chose que le consentement non donné en personne par ceux qui doivent consentir au mariage. »

Mais on aperçoit, sans grande réflexion, les obstacles sans nombre que créerait l'application d'une telle théorie, surtout lorsqu'on se trouverait en présence d'un conseil de famille. Quelles difficultés insurmontables entraînerait cette interprétation rigoureuse ! Pourrait-on sérieusement obliger un conseil de famille réuni à Bordeaux à accompagner un mineur qui irait se marier à Lille ? D'ailleurs l'article 1398 ne parle nullement de l'assistance au contrat des ascendants ou du conseil de famille. Il les oblige simplement à assister le mineur. Or, si la présence réelle est nécessaire, indispensable pour assister à une réunion, à une séance, on peut au contraire assister une personne de loin, l'aider de ses conseils même si l'on est éloigné. M. Duranton comprit l'impossibilité d'application de l'idée qu'il soutenait, et décida, dans la suite de sa dissertation, que le mineur pourrait être valablement assisté non de la présence de ceux dont il avait demandé le consentement ; mais de leurs lumières, de leur assentiment.

Il est donc admis par la presque unanimité des auteurs que les personnes dont le consentement est requis peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoirs.

Ici se place une question qui n'a pas un rapport direct avec l'étude que nous faisons de l'article 1398, mais à laquelle il convient de nous arrêter en raison de l'intérêt pratique qu'elle présente. La procuration peut-elle être sous seing privé ou l'authenticité est-elle exigée ? Plusieurs auteurs ont soutenu qu'un acte sous-seing privé était suffisant. En effet, la nécessité de donner la forme authentique à un tel mandat n'est écrite nulle part dans la loi ; et la règle générale en matière de mandat est posée dans l'article 1985 du Code civil qui dispose en termes précis que le mandat peut être donné aussi bien par acte sous-seing privé que par acte authentique. D'après ces auteurs, il est faux de poser le principe qu'une procuration doit être authentique pour cette seule raison qu'elle est donnée pour consentir un acte, comme le contrat de mariage, dont la validité est subordonnée aux formes prescrites par l'article 1394 et qui ne peut être fait que dans la forme authentique ; ce sont deux actes distincts qui ne peuvent se confondre.

Cette opinion, très combattue par la doctrine, est condamnée par la Cour de cassation qui, par un arrêt du 29 mai 1854, a décidé avec raison que la validité du mandat était nécessairement subordonnée à l'observation de la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet (1).

(1) Sirey, 1854, 1, 437.

En outre, le mandat sous-seing privé a des inconvénients. Sans doute la destruction d'un tel acte sera en pratique aussi difficile que celle d'un mandat authentique, puisqu'il doit régulièrement rester annexé aux actes auxquels il se rattache ; mais on a toujours à redouter une dénégation de signature qui livre le sort d'un contrat de mariage aux chances incertaines d'une vérification d'écritures (1).

Mais revenons à notre étude. Nous avons vu que les personnes dont l'assistance était requise pouvaient se faire représenter par un mandataire. Mais cette procuration ne doit pas être donnée en termes généraux et vagues ; elle ne doit pas contenir une simple autorisation pour le mineur à passer son contrat de mariage. Loin d'être une protection pour l'enfant, une telle procuration serait au contraire une véritable abdication de la puissance paternelle, et la négation de toute assistance. Pour les raisons que nous avons exposées plus haut, la doctrine et la jurisprudence n'exigent pas la présence réelle du conseil de famille à la signature du contrat de mariage du mineur mais elles n'en exigent pas moins le consentement et l'assistance de ce conseil. Un délégué, muni d'une délibération du conseil, peut assister valablement le mineur ; mais à la condition que cette délibération contienne l'indication du régime que le fu-

(1) Rodière et Pont, T. I, n° 145.

tur époux se propose d'adopter, ainsi que les conventions et les dispositions projetées ; et la preuve que ces diverses clauses ont été discutées par le conseil de famille, réuni à cet effet, et approuvées par lui (1). A cette condition seulement on se conformera à la loi, et la protection de l'enfant ne sera pas illusoire. Aussi repoussons-nous avec énergie l'opinion soutenue par M. Rolland de Villargues. S'il n'entraîne pas, dit cet auteur, dans les intentions du conseil de famille que le mineur fit telles ou telles conventions, il devrait s'en expliquer et non pas souscrire d'avance à tout ce que ferait le délégué. Celui-ci n'est que l'organe du conseil, il ne dépasse point ses pouvoirs lorsque, dans une telle circonstance, il consent aux diverses stipulations, aux donations que le mineur juge convenables de faire (2).

Mais en développant la doctrine soutenue par cet auteur on en arriverait à se demander quelle pourrait bien être l'utilité d'un tel délégué à la signature d'un contrat de mariage, et à reconnaître que son absence ne serait pas plus préjudiciable que sa présence aux intérêts de l'enfant. Et la conclusion logique d'une telle opinion, serait de dire que la loi exige, pour le contrat de mariage d'un mineur, l'assistance et l'autorisation des ascendants ou du conseil de famille

(1) Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 29. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, n° 152. — Guillouard, I, n° 315.

(2) Repert. du notariat V. Cont. de mariage, n° 27.

de ce mineur, lorsque ces ascendants ou ce conseil de famille peuvent être réellement présents à la signature du contrat ; mais que s'il y a un empêchement quelconque à leur présence réelle, l'assistance est alors inutile, et l'enfant est guidé par ses propres lumières dans la discussions d'un acte qui engage toute sa vie. Un tel système est-il soutenable ?

D'ailleurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juin 1879 (1), a condamné ce système et a donné pleinement raison aux partisans de notre théorie.

« Attendu, dit cet article que si la loi n'exige pas l'intervention personnelle de tous les membres du conseil de famille à la rédaction du contrat de mariage ; et s'ils peuvent y être représentés par un délégué, il est indispensable que les conventions matrimoniales soient soumises au conseil de famille et approuvées par lui, et que le pouvoir conféré au délégué ait un caractère de spécialité déterminant les conditions auxquelles est assujettie l'adhésion qu'il doit donner à l'acte qui contient ces conventions ; qu'à défaut de cette garantie protectrice de l'intérêt des époux la justice ne saurait valider la stipulation d'un régime conventionnel dérogatoire au droit commun. »

La Jurisprudence décide que le notaire rédacteur de l'acte est responsable s'il ne s'assure pas de l'état de minorité de l'un des futurs époux et n'exige pas

(1) Sirey, 80, 1, 166.

dans ce cas une assistance régulière ; attendu, dit un arrêt de la Cour de Montpellier du 16 août 1869, que l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI porte que le nom, l'état des parties doivent être connus du notaire ou attestés par des témoins ; que par ces mots, *l'état*, il faut évidemment entendre l'état civil et non la profession des contractants (1). Il doit aussi, sous sa responsabilité, s'assurer que les pouvoirs donnés au délégué sont réguliers et suffisants. Il appartient au juge du fait d'apprécier l'étendue de cette responsabilité et de la réparation pécuniaire qui est due à raison du préjudice causé ; et le chiffre des dommages-intérêts peut être diminué à raison des circonstances reprochables aux parties lésées.

(1) Civ. rej. 19 juin 1872 ; Sir. 72, I, 281.

CHAPITRE II

CONTRAT DE MARIAGE DES AUTRES INCAPABLES

Nous venons de voir quelles dérogations le législateur a apportées au droit commun, en ce qui concerne la capacité des mineurs de faire leur contrat de mariage. Quel est à ce point de vue la situation des autres incapables ? Le Code est muet. Est-ce une raison suffisante pour leur faire l'application de la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ? Ne faut-il pas au contraire les laisser sous l'application du droit commun, en ce qui concerne leur contrat de mariage ?

La question se pose principalement pour la personne pourvue d'un conseil judiciaire. C'est elle surtout qui pourra songer à se marier. Nous examinerons ensuite la situation qu'il faut faire à l'interdit et à l'interné dans une maison d'aliénés.

§ I. — *Personne pourvue d'un conseil judiciaire*

La faiblesse d'esprit, et cet état assez mal défini, que l'on désigne du nom de prodigalité, donnent lieu, dans le système du Code civil, à l'organisation d'une protection toute spéciale pour les personnes qui sont atteintes de ces infirmités mentales. Le législateur les a fait assister d'une personne, d'un conseil pour les actes qu'il a jugés les plus dangereux pour la conservation de leur patrimoine.

L'individu à qui un conseil judiciaire a été donné reste toujours le maître de sa personne ; le conseil n'a aucune autorité sur lui. Quant à la gestion du patrimoine, elle continue à appartenir à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire. C'est lui qui figure dans tous les actes ; il a seulement besoin de l'assistance de son conseil pour l'accomplissement de certains actes. Ce conseil est un conseiller qui doit assister la personne soumise à sa protection dans les cas où la loi l'exige.

Ces cas ont été limitativement déterminés par les articles 499 et 513 qui contiennent une énumération identique pour les faibles d'esprit et les prodiges (1).

(1) On a critiqué cette énumération limitative en même temps qu'indivisible. Il eût été préférable de permettre au juge de proportionner le remède au mal.

Article 499. — En rejetant la demande en interdiction le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.

Article 513. — Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ni de grever leurs biens d'hypothèques sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.

Comme on le voit, le mariage ne figure pas dans cette énumération. C'est une conséquence de la règle posée plus haut, que la dation d'un conseil judiciaire ne touche pas au gouvernement de la personne. Mais le contrat qui unit les personnes est accompagné d'un contrat pécuniaire destiné à régler la contribution des époux aux charges qui résulteront du mariage. Le plus souvent ce contrat contient une aliénation. Quelle est alors la situation de la personne pourvue d'un conseil judiciaire en ce qui concerne ces aliénations ? Est-elle capable de les faire seule ? Lui faut-il, au contraire, l'assistance de son conseil ?

Pour la solution de cette question, il importe préalablement de prendre parti sur le point de savoir

quel est le régime qu'on appliquera aux époux qui n'auront pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage, lorsque l'un d'eux est pourvu d'un conseil judiciaire.

Partant de l'idée que la personne sans conseil ne peut consentir aucune aliénation sans l'assistance de son conseil, quelques auteurs ont proposé de lui appliquer celui des régimes matrimoniaux qui n'implique aucune aliénation. M. Demolombe propose le régime de séparation de biens (1). Au contraire, M. Demante (2) et M. Bertauld (3) croient devoir appliquer la communauté réduite aux acquêts ; parce qu'en effet la communauté est le régime légal et que la communauté réduite aux acquêts répond aux vœux de la loi, tout en n'impliquant qu'un minimum d'aliénations.

Ces opinions isolées n'ont pas rallié la doctrine ni la jurisprudence qui décident à peu près uniformément que c'est le régime de communauté légale qui doit être appliqué aux époux mariés sans contrat ; même lorsqu'ils sont incapables de consentir une aliénation. C'est d'ailleurs un point sur lequel nous aurons à revenir ; mais que nous considérons dès maintenant comme acquis pour l'étude de la question qui nous occupe en ce moment.

(1) T. VIII, n° 740.

(2) T. II, n° 285 bis, V.

(3) *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, t. I, n° 620.

Les aliénations qui résultent de la soumission des époux au régime de la communauté ne dépassent donc pas la capacité de la personne pourvue d'un Conseil judiciaire. Quiconque est capable de se marier est en même temps sujet à supporter toutes les conséquences légales du mariage. « Qui peut faire le contrat principal, dit notre maître regretté M. Bufnoir, « est réputé apte à consentir tout ce qui en est une « conséquence implicite : *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias* (1) ».

C'est par application de cette idée qu'il faut décider que la femme d'un prodigue acquiert sur les immeubles de ce dernier une hypothèque légale sans qu'on puisse voir là une atteinte aux articles 499 et 513. Ce qui montre combien était faible l'argument invoqué par la Cour de cassation en 1856 pour valider le contrat de mariage d'un prodigue passé sans l'assistance d'un conseil. « Si l'on appliquait, disait-elle, « en matière de contrat de mariage les prohibitions « d'aliéner et d'hypothéquer portées dans l'article 513 « du Code civil, elles feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque de la femme sur les biens du « mari et à d'autres conséquences du régime de communauté. » Elle oubliait que l'hypothèque légale de la femme est une conséquence du mariage absolument indépendante de la capacité, ou plutôt de l'incapacité du prodigue.

(1) Note au Sirey, 94, I, 450.

La personne sous conseil peut donc, en se mariant, adopter le régime de la communauté légale, conséquence de tout mariage conclu sans contrat. Il faut décider par conséquent *à fortiori* qu'elle peut restreindre la portée normale de ce contrat, et adopter un régime impliquant des aliénations moins étendues que le régime de droit commun.

Ainsi il n'est pas douteux qu'il puisse stipuler le régime de la séparation de biens. Sous ce régime chacun des époux garde la propriété et la jouissance de ses biens, à charge de contribuer à l'entretien de l'association conjugale. Il ne fait aucune aliénation; il peut donc l'adopter.

Il faut dire la même chose de la communauté réduite aux acquêts qui, si elle implique la mise en commun des acquêts, laisse à chacun des époux la propriété de ses biens, et contient par conséquent une aliénation bien moins large que la communauté légale. Pour cette même raison toute clause de réalisation conduisant au même résultat doit être évidemment permise.

Le mari pourvu d'un conseil judiciaire pourrait aussi adopter le régime dotal et le régime d'exclusion de communauté puisque, sans rien aliéner, il est appelé à jouir de tous les biens de sa femme, sans avoir à rendre compte des fruits sous la seule charge de subvenir à l'entretien du ménage.

Nous croyons au contraire que la femme pourvue

d'un conseil judiciaire ne pourrait pas se soumettre seule à ces régimes dans son contrat de mariage. Il lui faudrait l'assistance de son conseil. Sans doute, l'aliénation des fruits est en général un acte d'administration qui ne dépasse pas la capacité d'une personne sous conseil. Mais il s'agit ici d'une aliénation de tous les fruits à venir ; on ne saurait faire entrer cette aliénation dans les actes d'administration. Sans doute le régime de communauté implique aussi aliénation des fruits ; mais il y a néanmoins une grande différence ; c'est qu'il donne en même temps droit au partage de l'actif social à la dissolution de la communauté. Sous le régime dotal ou d'exclusion de communauté, au contraire, le mari garde toute les économies qu'il a pu faire sur les fruits. Comme cependant le régime dotal est un régime de protection pour la femme exposée à subir l'influence du mari, il arrivera souvent que c'est le régime auquel on fera soumettre la femme pour que sa prodigalité ne l'entraîne pas trop facilement à consentir des aliénations de ses propres qui pourraient profiter au mari. Elle se rendra ainsi incapable de compromettre sa dot. Néanmoins, bien que ce contrat pourra être souvent le plus opportun, le plus avantageux pour la femme, nous pensons, à cause des raisons que nous venons de donner, qu'elle ne pourra le faire qu'avec l'assistance de son conseil.

Et il faudra donner la même solution toutes les fois

que les clauses du contrat de mariage contiendront une aliénation plus large, plus étendue que celle qu'implique l'adoption du régime de la communauté légale. Il en sera ainsi notamment d'une clause d'ameublissement, d'une clause de communauté universelle. Il en sera ainsi surtout de toutes les libéralités qui pourraient être consenties par l'époux soumis à un conseil judiciaire au profit de son conjoint.

C'est la solution que viennent de consacrer les Chambres réunies de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 juin 1892 (1).

La Cour suprême a ainsi rompu avec sa jurisprudence antérieure. Par deux arrêts rendus le 24 décembre 1856 (2) et le 5 juin 1889 (3), elle avait au contraire décidé que le prodigue ou le faible d'esprit à qui on avait donné un conseil judiciaire pouvaient consentir, par leur contrat de mariage, toutes les aliénations qu'un majeur aurait pu consentir et notamment faire une donation à son futur époux. Cette jurisprudence avait rencontré une énergique résistance de la part des Cours d'appel (4) qui s'ap-

(1) Sirey, 94, I, 449, note Bufnoir. Rapport de M. le Conseiller Larouverade. *Droit*, n° du 3 juillet 1892. Conclusions de M. le Procureur général Ronjat (*Gazette des Tribunaux*, n°s des 26 et 27 juin 1892). *Pandectes françaises*, 93, I, 137.

(2) Sirey, 57, I, 245.

(3) D. P. 91, I, 449, note de Loynes. Sirey, 89, I, 413.

(4) Bordeaux, 7 février 1855 et Pau, 31 juillet 1855 ; Sirey, 56, II,

puyaient sur une doctrine à peu près unanime (1). La Cour d'Orléans (2), saisie sur renvoi par l'arrêt de cassation du 5 juin 1889, continua la résistance. Et c'est sur un nouveau pourvoi que les Chambres réunies se sont ralliées à l'opinion des Cours d'appel et de la majorité des auteurs sur les conclusions de M. le Procureur général Ronjat, après un rapport très complet de M. le Conseiller de Larouverade. Il est à souhaiter que cette décision mette fin aux conflits, et donne le dernier coup à une doctrine que nous croyons en effet insoutenable. Les motifs allégués par l'arrêt des Chambres réunies, pour rompre avec l'ancienne jurisprudence de la Chambre civile, nous paraissent péremptoires. Nous devons cependant étudier la question avec quelques détails, à cause de son importance théorique et des principes qu'elle met en jeu.

Quels étaient donc les motifs allégués pour soutenir que le contrat de mariage des personnes pourvues d'un conseil judiciaire échappait aux règles générales

65 ; Agen, 21 juillet 1857 ; Sirey 57, II, 530 ; Orléans 21 décembre 1890 ; Sirey 91, II, 199 ; *Pand. fr.*, 91, II, 166.

(1) Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 12. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, n° 257. — Colmet de Santerre, *Cours analytique du C. civil cout.*, de A. M. Demante, T. 6, n° 15 bis, IX et s., XIII. — Demolombe, VIII, n° 737 et s. — Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 321. — Rodière et Pont, I, n° 45. — Laurent, *Princ. de droit civil*, t. XXI, n° 40 et s.

(2) Arrêt cité à la note 1.

posées par les articles 499 et 513 d'après lesquels l'assistance du conseil est requise pour aliéner? Le principal argument invoqué par les arrêts de 1856 et de 1889 est tiré de la prétendue règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Toute personne habile à contracter mariage est, par là même, habile à faire dans son contrat de mariage toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, alors même qu'elles excéderaient les limites dans lesquelles sa capacité est restreinte par le droit commun. Mais « cette « règle existe-t-elle dans notre législation actuelle? « dit M. Bufnoir (1). Les arrêts de 1856 et de 1889 « l'affirment. Ils l'énoncent comme un axiome qui « s'impose sans aucune démonstration, et on ne peut « se défendre d'un certain étonnement en voyant la « Cour suprême, par un procédé plus ou moins détourné, fonder la cassation d'une décision judiciaire uniquement sur la méconnaissance d'une « prétendue règle qui n'est écrite nulle part ».

C'était assurément une base fragile. La règle invoquée n'a jamais eu la portée qu'on semble lui attribuer; nous l'avons déjà démontré. Elle signifiait seulement que les personnes incapables d'après le droit commun, pouvaient consentir, en se mariant, les conventions qui étaient ordinaires dans le contrat de mariage. Et ces conventions étaient déterminées

(1) Note au Sirey, 94, I, 449.

par la coutume, ou à défaut de coutume, réglées par le juge qui n'avait à suivre d'autre guide que sa raison.

Spécialement en ce qui concerne le prodigue, Basnage nous rapporte, dans son commentaire sur la coutume de Normandie, un arrêt du Parlement de Rouen, qui décide que le prodigue n'avait pu consigner la dot de sa femme sur ses immeubles parce que, nous dit-il, cette consignation conférait à la femme des droits exceptionnels (1).

La règle *Habilis ad nuptias* avait donc une portée restreinte; on n'en faisait application que sous le contrôle du juge, et les restrictions de la coutume. D'ailleurs, aurait-elle eu dans l'Ancien droit la large portée qu'on lui attribue qu'elle n'en serait pas moins dépourvue de toute valeur juridique sous l'empire du Code civil. Comme le remarque très justement la Cour d'Orléans: « Les coutumes ont été abrogées par « le Code civil; une règle du droit ancien ne peut « lui avoir survécu qu'autant qu'elle a été revêtue du « caractère législatif, ou qu'elle est fondée sur une « loi nouvelle; et aucun texte de nos Codes ne repro- « duit cette maxime ».

Il est vrai qu'on prétend que l'article 1398 a eu pour objet de la consacrer dans le droit nouveau. En

(1) Un auteur, Voet, allait jusqu'à prétendre que le mariage du prodigue ne produisait aucun effet sur ses biens.

tout cas, il ne l'aurait fait que pour le mineur : et on ne saurait étendre une règle exorbitante du droit commun en dehors de l'hypothèse spéciale pour laquelle elle a été écrite. Or, la règle est, pour l'individu sous conseil, l'incapacité d'aliéner ; aucun texte ne l'écarte en matière de contrat de mariage ; nous devons donc l'appliquer.

L'analogie qu'on prétend trouver d'ailleurs entre le mineur et le prodigue est trompeuse. Le législateur n'autorise le mineur à faire son contrat de mariage qu'avec l'assistance des personnes qui sont le mieux placées pour prendre en main la défense de ses intérêts. Or, appliquer la règle *Habilis ad nuptias*, avec la large portée qu'on lui attribue, au contrat de mariage du prodigue ou du faible d'esprit ce serait l'exposer sans défense aux pièges tendus par la séduction à la faiblesse de son intelligence ou de son caractère ; ce serait le laisser sans protection dans une des circonstances de sa vie où il en a particulièrement besoin. On est en droit de dire avec « Laurent que : « en citant l'article 1398 pour en induire que l'habilité à se marier donne l'habileté à « faire les conventions matrimoniales, la Cour de « cassation fait dire à la loi le contraire de ce qu'elle « dit... Le Code, dans les articles 499 et 513, déclare « les faibles d'esprit et les prodiges incapables « d'aliéner ; cette incapacité est générale, on n'y « peut apporter d'exception qu'en vertu d'une dispo-

« sition formelle de la loi. Où est cette disposition ? » On insiste pourtant et on dit qu'à raison du lien intime qui rattache le contrat pécuniaire de mariage, au contrat d'union des personnes, on doit décider que toutes les fois qu'un mariage est valable, le contrat de mariage qui l'accompagne l'est aussi. Il y a entre ces deux contrats une indivisibilité absolue.

Ce paradoxe a été mis en avant par Troplong (1) dont l'influence a dû se faire sentir sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce n'est au fond qu'une affirmation sans fondement et qui se heurte à des principes indiscutables. Nous aurons du reste l'occasion de le démontrer ultérieurement dans notre deuxième partie. Il est universellement admis qu'un contrat de mariage peut avoir des vices propres qui en entraîneraient l'annulation, alors que le mariage subsistera. C'est une vérité d'évidence qui ne se démontre pas. Il suffit de l'énoncer pour faire apparaître l'inanité de l'affirmation de Troplong ; et nous verrons que la Cour de cassation a elle-même écarté cette prétendue indivisibilité du mariage et du contrat de mariage (2).

L'opinion que nous combattons suppose, d'ailleurs résolue la question de savoir si le contrat de mariage

(1) Troplong, *Du contrat de mariage*, I, n° 297.

(2) Civ. rej., 28 décembre 1831, *Jur. Gen.*, V, *Mariage*, n° 211 ; 23 décembre 1856, D. P. I. 13 juillet 1857 ; D. P., 57, I, 334, S. 57, I, 801.

contenant certaines clauses qui dépassent la capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire, on doit annuler le contrat tout entier ou laisser subsister celles que le prodigue ou le faible d'esprit ont pu valablement consentir seuls ; nous aurons à la résoudre plus tard.

La Chambre civile invoquait enfin à l'appui de son opinion un autre argument d'apparence plus sérieuse. « L'ensemble des stipulations du contrat de mariage, dit l'arrêt du 5 juin 1889, est souvent la condition du mariage; en en subordonnant la validité au consentement d'un tiers tel que le conseil judiciaire, ce serait faire dépendre d'une volonté étrangère le mariage même qui doit demeurer entièrement libre. »

Les conventions pécuniaires qui précèdent le mariage ont le plus souvent une influence décisive sur sa conclusion. Bien des récriminations déclamatoires se sont élevées contre cette tendance qui fait du mariage une affaire d'argent. Elle n'en existe pas moins ; et il n'est pas permis de la réprouver avec l'indignation de certains moralistes qui, échafaudant une morale purement individuelle en méconnaissent trop la base sociale. Le mariage n'est pas seulement une union destinée à satisfaire le caprice souvent passager d'une passion. Il faut aussi songer à la subsistance, à l'entretien de la famille qu'on va constituer ; et on ne saurait blâmer les préoccupations pécu-

niaires auxquelles donne lieu la conclusion du mariage, à condition toutefois qu'elles n'en soient pas la cause exclusive et ne fassent pas du mariage une sorte de marché ! Il arrivera donc très souvent que la discussion des clauses du contrat de mariage empêchera la réalisation de certaines unions ; et il pourra arriver que le refus d'un conseil judiciaire de consentir l'insertion de certaines clauses dans le contrat de mariage de la personne dont il doit surveiller les intérêts pécuniaires soit un obstacle au mariage. Mais y a-t-il là une raison suffisante pour soustraire le prodigue ou le faible d'esprit à l'assistance de son conseil ? On ne saurait l'admettre. On a fait remarquer bien des fois que la constitution de dot par un tiers est aussi fréquemment la condition de certains mariages. Dira-t-on qu'en pareil cas le mariage dépend de la volonté du tiers ?

D'autre part, on a répondu avec raison que le mariage était entièrement libre du moment où l'on n'était ni obligé, ni empêché d'épouser telle personne. On ne peut obliger un prodigue à se marier ni mettre obstacle à un mariage qu'il désire. Le mariage est donc libre ; et on ne saurait voir dans le refus du conseil de consentir à certaines aliénations une atteinte à la liberté du prodigue. D'ailleurs, et cette disposition écarte toutes les objections, le prodigue ou le faible d'esprit peuvent toujours s'adresser à la justice pour obtenir la nomination d'un autre

conseil s'ils prétendent que son refus est injustifié.

Après cela que certaines unions soient rendues impossibles par la résistance d'un conseil éclairé qui a deviné les spéculations édifiées sur l'entraînement irréfléchi d'un prodigue ou d'un faible d'esprit, on ne saurait s'en plaindre. Comme le disait très justement M. le Procureur général Ronjat dans ses conclusions sur l'affaire soumise aux Chambres réunies « on ne
« comprendrait pas qu'après avoir donné au pro-
« digue et au faible d'esprit une protection jugée né-
« cessaire dans les circonstances ordinaires de la vie
« pour les protéger contre les embûches et contre leur
« propre faiblesse ; après leur avoir interdit d'alié-
« ner, même à titre onéreux et au profit d'indiffé-
« rents et d'inconnus ; au moment où cette protec-
« tion devient plus nécessaire, où les intelligences
« les plus lucides peuvent être obscurcies, où le sen-
« timent prend le plus grand empire sur la raison,
« cette même protection fit tout à coup défaut, lais-
« sant le prodigue et le faible d'esprit à la merci de
« toutes les séductions, de toutes les intrigues, de
« tous les calculs intéressés » (1).

Nous concluons donc avec la jurisprudence nouvelle et avec la grande majorité des auteurs que le prodigue et le faible d'esprit doivent être assistés de leur conseil pour insérer dans leur contrat

(1) *Gazette des Tribunaux*, des 26-27 juin 1892.

de mariage toute clause qui dépasserait les bornes de leur capacité telle qu'elle est fixée par les articles 499 et 513 du Code civil.

L'arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892 est intervenu sur une affaire où la question posée était de savoir si la clause contenait bien une aliénation pour laquelle l'assistance du conseil est requise. Il s'agissait d'un contrat contenant donation mutuelle, au profit du survivant des époux, de l'usufruit de tous les biens qui composeraient la succession du prémourant. C'était donc une institution contractuelle.

Or, l'institution contractuelle se rapproche du testament qu'aucun texte ne défend au prodigue ou au faible d'esprit. Comme le testament, elle porte sur les biens à venir du disposant. Le donateur reste libre de disposer de son patrimoine à titre onéreux ; il n'est dessaisi qu'à sa mort. Le nom même que nos anciens auteurs lui avaient donné montre son analogie avec le testament. C'est une institution d'héritier faite par contrat de mariage, une *datio successionis* comme disait Cujas. Dès lors, n'est-on pas autorisé à dire que la personne pourvue d'un conseil judiciaire capable de faire son testament est aussi capable de faire une institution contractuelle au profit de son futur conjoint ? (1).

(1) Cf. Toullier, II, n° 1379. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, n° 45.

Ce raisonnement n'a pas déterminé la conviction de la grande majorité des auteurs (1) qui démontrent sans peine que par son caractère d'irrévocabilité (articles 1082 et 1083) l'institution contractuelle se rapproche beaucoup plus de la donation que du testament. Le donateur ne peut plus en effet disposer à titre gratuit de ce qui fait l'objet de la donation. Il a donc aliéné. Et par conséquent la personne pourvue d'un conseil judiciaire, qui est incapable d'aliéner sans l'assistance de son conseil, ne peut pas valablement faire une institution contractuelle.

C'est le raisonnement qu'a adopté l'arrêt des Chambres réunies en décidant « qu'il n'y a pas lieu
« de distinguer, au point de vue de la capacité du
« disposant, entre les donations de biens présents
« et celles de biens à venir ; qu'à la vérité, ces dernières n'emportent pas un dessaisissement immédiat et complet de la chose donnée, puisque le
« donateur reste libre d'en disposer à titre onéreux ;
« mais qu'elles le dépouillent actuellement et irrévocablement du droit de disposer à titre gratuit au
« préjudice du donataire, circonstance qui leur imprime le caractère de donations entre vifs et ne
« permet pas de les confondre avec des dispositions
« testamentaires ».

(1) Aubry et Rau, VIII, § 739. 64. — Colmet de Santerre sur Demante, IV, n° 255 bis, I. — Demolombe, t. III, n° 22, t. VIII, n° 737.

C'était, nous l'avons dit, la seule question soumise à la Cour de cassation. Elle l'a tranchée dans le sens de l'incapacité du prodigue de faire une donation quelconque à son conjoint sans l'assistance de son conseil.

Les motifs que donna la Cour suprême nous paraissent avoir une portée générale. Elle paraît bien avoir consacré l'application stricte des articles 499 et 513 aux clauses du contrat de mariage d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire. Et cependant on a essayé de restreindre la portée, pour nous très générale, de cet arrêt (1). On fait remarquer que l'arrêt porte dans ses motifs : « qu'il résulte expressément des articles 499 et 513 que le faible d'esprit ou le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, est incapable d'aliéner sans l'assistance de son conseil et qu'on ne trouve aucune exception à cette règle en ce qui concerne les donations par contrat de mariage ». D'où on conclut qu'il n'a entendu statuer que sur la capacité du prodigue ou du faible d'esprit de faire des donations dans leur contrat de mariage. Il serait resté muet en ce qui concerne plus généralement leur capacité d'aliéner.

Assurément, l'arrêt a dû approfondir plus spécialement la question qu'on lui posait de savoir si une institution contractuelle était valablement faite par

(1) Lambert. Note dans les *Pandectes françaises*, 97, II, 33.

un prodigue. Mais les motifs sur lesquels il s'appuie pour fonder la solution qu'il donne à la question posée nous paraissent avoir une portée générale. Dire qu'il n'est pas apporté de dérogation en matière de contrat de mariage à la prohibition d'aliéner contenue dans les articles 499 et 513, c'est défendre à l'interdit de faire aucune aliénation, qui ne soit pas la conséquence forcée du mariage. Et nous avons vu que seules les aliénations résultant de l'adoption du régime de la communauté légale échappaient à la prohibition en même temps que l'hypothèque légale de la future épouse, parce que la volonté des époux n'a joué aucun rôle.

Vainement on s'attache à démontrer que dans notre ancien droit on faisait cette distinction entre les aliénations contenant une libéralité et celles qui n'en contenaient pas et que la règle *Habilis ad nuptia, habilis ad pacta nuptialia* ne s'appliquait qu'à ces dernières ; les autres restant prohibées. Nous croyons avoir montré que tel n'était pas le critérium, si toutefois il y en avait un. On distinguait entre les clauses ordinaires et les clauses extraordinaires pour n'autoriser que les premières dans le contrat de mariage des incapables. Et nulle part n'apparaît l'assimilation entre les clauses ordinaires et les aliénations ne contenant pas de libéralité d'une part et les clauses extraordinaires et les libéralités d'autre part.

Le Tribunal civil de la Seine s'est conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation dans son jugement du 14 août 1895. Comme l'arrêt des Chambres réunies, il se borne à annuler une libéralité consentie par l'un des époux qui était soumis à un conseil judiciaire. C'était encore le seul objet du procès. On ne saurait y voir la consécration de la distinction que nous venons de combattre (1).

§ II. — *De l'interdit.*

Examinons maintenant la situation de l'interdit. Nous devons tout d'abord résoudre une question préjudicielle ; l'interdit peut-il se marier ? C'est une question très controversée qui a été l'objet de grandes discussions dans la doctrine sur laquelle la jurisprudence n'est pas encore fixée.

Dans l'ancien droit on reconnaissait que le mariage étant un contrat qui ne pouvait se former que par le consentement des parties contractantes, les personnes privées de l'usage de la raison, incapables de donner un consentement étaient, par suite, incapables de se marier. Mais Pothier ajoutait que lorsque la folie d'une personne avait des intervalles lucides, il

(1) *Pandectes françaises*, 1897, II, 33.

n'était pas douteux que le mariage qu'elle contractait pendant ce temps était valable (1).

Le législateur du Code civil a-t-il voulu continuer la tradition de l'ancien droit en cette manière ; ou bien, se séparant de Pothier, a-t-il voulu refuser à l'interdit la faculté de se marier même pendant les intervalles lucides ? Notre avis, disons-le de suite, est que dans aucun cas l'interdit ne peut se marier ; l'article 502 s'y oppose. Mais avant d'exposer nos raisons, étudions l'opinion contraire qui, assez délaissée au début, a pris de jour en jour plus d'importance et est aujourd'hui soutenue par la majorité des auteurs.

Tout d'abord les partisans de cette théorie prétendent que l'article 502 que nous leur opposons est complètement étranger au mariage contracté par l'interdit. Etranger par son texte ; car on ne peut ranger le mariage dans la catégorie des « actes passés » par l'interdit. Etranger surtout par son esprit ; car pour ces auteurs, l'interdiction ayant pour but principal de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit, l'article 502 ne vise que les actes ayant un caractère pécuniaire, et ne doit pas s'étendre aux actes qui, comme le mariage, revêtent avant tout un caractère moral. D'ailleurs, le législateur du Code civil en ne parlant pas de l'hypothèse prévue par l'article 502,

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 92.

dans le chapitre relatif aux nullités du mariage, a voulu montrer par son silence même que l'interdiction n'était pas par elle-même une cause de nullité du mariage.

L'objection tirée de l'article 146 combiné avec l'article 180 ne touche pas ces auteurs, car ces articles autorisent simplement l'action en nullité dirigée contre un mariage pour défaut de consentement lorsque ce consentement n'a pas été libre ; or, peut-on dire que l'interdit n'a pas consenti librement lorsqu'il a donné son consentement dans un intervalle lucide ? « Mais je soutiens, dit Troplong (1), que « lorsque l'interdit a un intervalle lucide qui vient « illuminer sa raison, et que dans cet intervalle, où « l'éclipse de ses facultés est suspendue, il donne son « consentement au mariage, ce consentement est « libre ; car dans le titre du mariage on ne trouve « pas un texte qui supprime l'intervalle lucide. »

Et, continuent-ils, qu'on ne vienne pas nous opposer l'article 174 du Code civil qui accorde aux collatéraux le droit de former opposition au mariage de leur parent en état de démence, à condition de provoquer son interdiction, ce qui tendrait à faire croire que l'interdiction est un empêchement dirimant au mariage. Cet article est hors de la question et ne peut servir d'argument aux partisans de la nullité du mariage de l'interdit ; car, ainsi que le dit Demante (t. I,

(1) Troplong, liv. III, t. V, n° 292.

n° 22 *bis*), la seule conséquence qu'on puisse tirer de ce texte c'est que l'état de démence n'est point une cause d'opposition s'il n'est en même temps une cause d'interdiction; d'où il suit qu'on doit donner mainlevée de l'opposition si la demande en interdiction n'est pas formée ou si elle est rejetée; mais non qu'il faille maintenir l'opposition si l'interdiction est prononcée.

A côté de ces arguments de texte, les auteurs qui soutiennent cette théorie invoquent des raisons tirées de la morale, de l'équité. Le mariage, disent-ils, est un acte trop sacré, trop nécessaire, pour que l'on puisse, en l'absence d'un texte formel, l'interdire à une personne en état de démence, qui l'a contracté dans un intervalle lucide. Peu importe que la folie s'empare de nouveau de cet individu; il s'est marié dans un intervalle lucide, c'est-à-dire dans un moment où il jouissait de toutes ses facultés; le consentement qu'il a donné dans un pareil moment était libre, l'acte est donc valable en lui même. Et la morale n'est-elle pas là pour empêcher d'annuler un tel acte considéré avec raison comme le plus sain des contrats sur lequel reposent la fondation de la famille et la conservation de la société. C'était d'ailleurs la doctrine de d'Aguesseau, de Pothier, de Merlin et des anciens jurisconsultes qui, lorsque le législateur ne s'est pas expliqué clairement, sont encore les meilleurs guides à suivre pour trancher ces sortes de questions. Cette

opinion a été consacrée par la jurisprudence dans un arrêt du 12 novembre 1844 (1).

Tels sont les divers arguments invoqués par les auteurs qui admettent la validité du mariage contracté par un interdit dans un intervalle lucide. Ces raisons ne nous satisfont pas, et bien que la majorité des auteurs partagent l'opinion contraire, nous n'en soutiendrons pas moins qu'en aucun cas l'interdit ne peut se marier.

Tout d'abord il est plus facile de dire que de prouver que le législateur du Code a, par son silence même, entendu consacrer la doctrine de l'ancien droit. Est-il même exact de dire qu'il ne se soit pas expliqué sur cette question ? Sans doute, aucun article n'énonce en termes précis que l'interdiction soit une cause de nullité de mariage ; mais il suffit de lire les travaux préparatoires du Code civil pour connaître sur ce point l'opinion des rédacteurs du Code. Lors de la discussion au Conseil d'État de l'article 146, un article du projet, déclarant l'interdit incapable de contracter mariage comme n'étant pas en état de manifester sa volonté, fut supprimé sur la demande du Consul Cambacérès comme inutile en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. Et c'est en vain que le tribunal, voyant le texte trop laconique, demanda plus tard une addition pour déclarer que l'interdit

(1) Sirey, 45, I, 246,

serait formellement, en fait de mariage, hors d'état de donner son consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides. L'addition fut repoussée, ainsi qu'elle l'avait été la première fois, comme étant une conséquence inutile à exprimer de la règle générale (1). Ces termes sont clairs et nous ne comprenons guère que devant le résultat d'une pareille discussion, on soutienne encore que le législateur du Code civil ne s'est pas expliqué sur ce point. Et même sans parler de ce rejet de la proposition du tribunal, le simple fait d'avoir repoussé dans le Code civil la distinction de l'ancien droit entre les actes passés par le dément pendant un intervalle lucide et ceux passés pendant sa folie suffirait pour prouver que le législateur a voulu rompre avec la tradition de l'ancien droit.

Quant à l'argument tiré de l'article 502 qui déclare que tous actes passés par l'interdit sont nuls de droits, les partisans de l'opinion contraire ne pouvant pas y répondre, se contentent de l'écarter, en donnant comme raison que l'article 502 ne vise que les actes ayant un caractère pécuniaire. C'est, il faut l'avouer, une manière assez simple de supprimer une objection embarrassante que de prétendre trouver dans un texte une opinion que l'on voudrait y voir; mais qui n'y figure nullement. Car où est-il dit que l'article 502 ne parle que des actes pécuniaires ? Est-ce

(1) Fenet, t. IX, p. 8 et 12.

dans un autre article du Code civil, est-ce dans les travaux préparatoires ou dans les discussions qui ont précédé sa rédaction? Nullement. Est-ce à cause du mot « acte » contenu dans la rédaction de l'article 502. Mais pris au sens large *quod actum est* ce mot signifie simplement une opération, une manifestation de la volonté, et pris dans un sens plus étroit, tel qu'il est employé dans le Code, il désigne un engagement, une convention. Sans doute la plupart des actes auxquels le Code civil fait allusion dans ses différents articles ont surtout pour objet un intérêt pécuniaire; le législateur n'a pas eu précisément pour but de faire du Code civil un livre de morale; mais il n'en faudrait pas conclure, comme paraissent le faire nos adversaires, que le législateur a voulu laisser de côté les actes moraux; surtout un acte qui, comme le mariage, est un des plus importants de la vie civile.

Quant à l'article 146, il s'oppose aussi formellement que l'article 502 à la possibilité pour l'interdit de se marier. Pour nos adversaires, il ne s'applique pas à l'interdit qui se marie dans un intervalle lucide. Mais d'abord, il sera presque toujours très délicat de savoir si un interdit a, pour un moment, rerouvé sa raison; et quel sera le critérium permettant de distinguer les intervalles lucides chez un individu dont l'état normal est la folie? Et puis, nous dirons avec Marcadé, que l'interdit pour démence peut avoir des

intervalles lucides, et dans ces intervalles jouir d'une pleine raison, d'une parfaite capacité de consentir ; cependant l'union qu'il formerait pendant un de ces intervalles n'en serait pas moins dénuée du caractère de mariage, parce que s'il y a là consentement naturel, il n'y a pas le consentement civil dont l'article 146 entend parler.

D'ailleurs, en admettant même que l'on puisse reconnaître les intervalles lucides, l'interdit qui aura retrouvé la raison n'en conservera pas moins cette grande faiblesse de caractère qui le poussera à commettre un acte dont il pourrait se repentir plus tard, et qu'un esprit sérieux et raisonnable n'aurait jamais consenti. Il n'aura pas cette force de volonté, nécessaire pour résister à la passion, et lui permettre d'envisager de sang-froid toutes les conséquences de l'acte qu'il veut faire. Et la théorie que nous soutenons n'offre aucun danger ; car si l'interdit a des motifs sérieux pour se marier, si c'est après une mûre réflexion qu'il s'est décidé à un acte aussi grave, c'est que les intervalles lucides seront devenus l'état normal, et la folie l'exception. Et alors, l'interdiction n'ayant plus aucune raison d'être, pourquoi n'en demanderait-on pas la mainlevée ?

Telles sont les raisons qui nous ont fait repousser l'opinion soutenue aujourd'hui par la majorité des auteurs ; et nous ne pouvons mieux terminer cette discussion qu'en citant ce passage d'un arrêt de la

Cour d'appel de Bruxelles, du 20 décembre 1893 (1), qui montre bien quelle était la pensée des rédacteurs du Code civil sur cette question : « Attendu que l'interdiction apparaît dès lors comme ne devant
« laisser, tant qu'elle subsiste, aucune issue à la capacité de contracter; et que ses effets ont un caractère permanent; que l'interdiction est précisément
« prononcée pour n'être plus obligé de rechercher en fait si la personne dont l'acte doit être apprécié jouissait ou non de ses facultés intellectuelles au
« moment où l'acte a été passé; jusqu'à la levée de l'interdiction, la loi crée une présomption *juris et de jure* d'incapacité, alors même que l'état de la
« personne interdite présenterait des intervalles lucides; que c'est donc à raison de l'incapacité permanente et absolue dont la loi la frappe, que tous
« les actes que la personne interdite accomplit après le jugement d'interdiction sont nuls de droit aux
« termes de l'article 502 du Code civil. » Cette opinion que le législateur nous paraît avoir consacrée se recommande en outre par de puissantes considérations d'intérêt social. L'aliénation mentale est une maladie héréditaire; il n'est pas bon que la race des fous se perpétue.

Nous avons dit pourtant que ce n'était pas la doctrine généralement admise. La majorité des auteurs

(1) Sirey, 95, 4, 5.

admet la validité du mariage contracté par un interdit dans un intervalle lucide (1). La Cour de cassation a même consacré cette doctrine (2). Il nous faut donc rechercher dans quelle mesure il est capable de faire son contrat de mariage.

On a soutenu qu'il fallait lui appliquer la prétendue règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Nous avons déjà dit quelle était la portée de cette règle dans notre ancien droit. Elle ne signifiait pas que la personne apte à contracter mariage pouvait également consentir toutes les conventions qu'on peut insérer dans un contrat de mariage. Elle signifiait simplement que les personnes incapables d'après le droit commun pouvaient consentir, en se mariant, les conventions qui étaient ordinaires dans les contrats de mariage ; et celles-ci étaient déterminées soit par la coutume, soit par le juge qui, en dehors de la coutume, n'avait d'autre guide que la raison (3).

Les rédacteurs du Code ont appliqué au mineur une règle beaucoup plus large en le déclarant aussi capable qu'un majeur, pourvu qu'il soit assisté des personnes qui doivent consentir à son mariage. Avec cette assistance il peut, nous l'avons vu, consentir les

(1) Aubry et Rau, V, § 464. — Beudant, t. I, p. 342. — Demolombe, t. I, n° 128. — Laurent, II, n° 286.

(2) Cass., 12 novembre 1844. — Sirey, 45, I, 246. Adde, civ. rej., 9 novembre 1887, D. P., 88, I, 163.

(3) Cf. de Loynes, note au D. P., 91, I, 450.

clauses les plus exorbitantes, telles qu'un ameublissement général, ou faire à son conjoint toutes les donations que pourrait faire un majeur. Mais le Code a gardé le silence en ce qui concerne les autres incapables. La conclusion toute naturelle est qu'il faut les laisser sous l'empire du droit commun. Rien n'est d'ailleurs plus légitime. Appliquer à l'interdit la règle *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, avec la portée étendue qu'on veut lui donner en argumentant de l'article 1398, ce serait le laisser dépourvu de toute protection. En effet, nulle part le législateur n'a déterminé quelles personnes assisteraient l'interdit, comme il l'a fait pour le mineur. Il faudrait donc en bonne logique le laisser agir seul. N'est-ce pas au contraire au moment où il cède à des influences souvent pernicieuses qu'il a besoin de la protection la plus large ? On dit bien qu'il pourra faire annuler les conventions qui lèseraient ses intérêts lorsqu'elles auraient été contractées sous l'influence du dol. Le législateur n'a pas considéré cette protection comme suffisante ; car il faut prouver le dol ; et la preuve du dol ou de tout autre vice du consentement serait souvent difficile à fournir. En outre, la rescision du contrat serait très souvent sans résultat en présence d'un insolvable. Et plus souvent encore l'interdit pris dans les filets d'une combinaison ourdie avec soin serait tout aussi faible lorsqu'il s'agirait d'exercer une action en nullité que lorsqu'il s'est agi de

passer la convention ; il resterait dans l'inaction. Le législateur l'a compris ; aussi a-t-il organisé tout un système de protection de ses intérêts dans les articles 502 et suivants. C'est ce régime qu'il faut lui appliquer, lorsqu'il s'agit pour lui de faire son contrat de mariage.

Le régime de l'interdiction a pour effet de mettre l'interdit en tutelle et de le rendre incapable. Or, la tutelle de l'interdit est en principe régie par les mêmes règles que celle du mineur. « L'interdit, dit l'article 509, est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » La loi du 27 février 1880 s'applique également à l'aliénation des valeurs mobilières des mineurs et des interdits. En conséquence, l'interdit est comme le mineur représenté par son tuteur ; c'est celui-ci par conséquent qui sera appelé à discuter les conventions matrimoniales de l'interdit.

Nous avons à peine besoin de faire remarquer que l'article 509, d'après lequel « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens », doit être écarté du débat. Il signifie que les règles sur la tutelle des mineurs s'appliquent en principe à la tutelle des interdits. Il n'a nullement pour objet d'assimiler l'interdit au mineur en ce qui concerne leur capacité respective. Et tout particulièrement en ce qui concerne le mariage les règles de capacité du mi-

neur sont trop spéciales pour qu'on puisse songer à les étendre. L'interdit sera donc représenté par son tuteur dans la conclusion de son contrat de mariage, car personnellement il est absolument incapable ». Tous actes passés par l'interdit, « postérieurement au jugement d'interdiction, dit l'article 502, sont nuls de droit ». Ce texte, d'une portée générale, reçoit ici son application.

Il faudra appliquer aussi l'article 503. En conséquence, si un individu dont l'interdiction n'a pas encore été prononcée a réglé ses conventions matrimoniales, elles pourront être annulées s'il est prouvé que les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque de la passation du contrat de mariage. L'article 504 doit également recevoir en principe son application sous les restrictions que nous aurons à poser bientôt.

Mais l'incapacité de l'interdit est-elle absolue ? Nous avons vu déjà que la majorité des auteurs et la jurisprudence permettaient à l'interdit de se marier. Ce ne serait, d'après certains auteurs, que l'application d'une idée plus générale en vertu de laquelle l'incapacité résultant de l'interdiction n'étant qu'une privation d'exercice des droits ne s'étend pas aux actes dont la jouissance est liée à l'exercice. En d'autres termes, l'interdit est incapable de faire les actes pour lesquels la représentation est admise ; le tuteur le remplace avantageusement. Mais pour les actes

qui ne comportent pas la représentation, défendre à l'interdit de les accomplir c'est les rendre absolument impossibles, c'est lui en enlever la jouissance. Ainsi en est il du mariage, de la reconnaissance d'enfant naturel et surtout du testament et de la donation. Le tuteur ne peut ni tester ni donner pour l'interdit ; ne faut-il donc pas autoriser celui-ci à faire son testament, à consentir une donation ? On comprend combien la question présente de l'intérêt en notre matière. L'interdit va-t-il pouvoir faire des libéralités à son futur conjoint par son contrat de mariage ?

Pour le soutenir on a invoqué d'abord l'idée générale que nous venons d'exposer et qui peut se formuler ainsi : « Là où cesse la représentation par le tuteur, là cesse l'incapacité de l'interdit. On a en outre invoqué l'article 901 du Code civil aux termes duquel : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament il faut être sain d'esprit ». Le législateur ne dit-il pas par là qu'il n'exige qu'une condition pour pouvoir faire une libéralité, c'est que le disposant soit sain d'esprit au moment de l'acte ? (1).

Cette argumentation ne nous paraît nullement convaincante. Si on peut, à la rigueur, admettre une dérogation à l'incapacité générale de l'interdit pour certains actes particulièrement personnels, il n'en sau-

(1) Demolombe, VIII, p. 633 et suiv.

rait être ainsi des actes à titre gratuit qui diminuent, sans compensation aucune, le patrimoine de l'interdit. On ne concevrait pas que le législateur qui défend à la personne pourvue d'un conseil judiciaire d'aliéner sans l'assistance de son conseil, ce qui comprend avant tout l'aliénation à titre de libéralité, eût permis à l'interdit de faire seul une donation : on ne saurait en effet admettre qu'il se fasse assister par son tuteur, le Code civil ne connaissant pas le régime de l'*auctoritas*.

L'article 901 n'a donc pas pour objet d'écarter l'application des articles 502 et 503. Il formule seulement cette règle de raison que l'individu en état de démence ne peut pas faire de libéralité, règle qu'il était plus utile de poser qu'on pourrait le croire tout d'abord. En effet, aux termes de l'article 504 « après « la mort d'un individu les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'au-
« tant que son interdiction aurait été prononcée ou
« provoquée avant son décès, à moins que la preuve
« de la démence ne résulte de l'acte même qui est at-
« taqué. » L'application de l'article 504 se trouve écartée par l'article 901. L'insanité d'esprit du disposant pourra toujours être prouvée, que l'interdiction ait été ou non provoquée, que la démence résulte ou non de l'acte lui-même. C'est à peu près l'unique portée de l'article 901 ; à moins qu'on ne dise qu'il a voulu en outre que le juge se montrât très rigoureux

dans son appréciation et exigeât une lucidité d'esprit toute particulière en matière de libéralité.

Donc, l'interdit ne peut pas faire de donation pas plus que ne le pourrait son tuteur. Et cette impossibilité existe même en matière de contrat de mariage, puisque nous avons écarté l'application de l'adage : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (1). » Il y a là évidemment une lacune : ce qui prouve peut-être que le législateur n'a guère pensé au mariage des interdits. Aussi quelques auteurs ont-ils songé à combler cette lacune en appliquant l'article 511. Cet article prévoit le cas où un des enfants de l'interdit est sur le point de contracter mariage. L'interdit ne peut pas lui constituer de dot. Il importe cependant d'assurer l'avenir des enfants en leur permettant un établissement convenable. De là la disposition de l'article 511 aux termes duquel : « Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot ou « l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil « de famille, homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur du Roi (2). » Il a paru lo-

(1) Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 14. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, n° 158. — Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 15 *bis*, VIII. — Guillouard, *op. cit.*, n° 322. — Laurent, t. XXI, n° 37.

(2) Nous devons faire observer que ce texte est mal rédigé. Pris à la lettre, il signifierait que les conventions matrimoniales seront réglées par le conseil de famille. Or, ainsi entendu, il serait en contradiction

gique et raisonnable à certains auteurs d'appliquer l'article 511 lorsqu'il s'agit du mariage de l'interdit lui-même. « J'y verrais l'avantage, dit M. Demolombe, de soumettre ainsi à l'approbation, indirecte « du moins, et au contrôle de la famille et même du « tribunal, le projet de mariage de l'interdit (1). » En effet, ce serait peut-être raisonnable ; mais il est impossible à l'interprète d'étendre l'article 511 à une hypothèse qui est tout à fait en dehors de ses prévisions, ce serait faire la loi.

Si l'interdit ne peut pas donner ses biens par contrat de mariage à son futur conjoint en lui faisant une donation ordinaire, il ne peut pas faire davantage à son profit une institution contractuelle. Admettrait-on qu'il puisse tester, ce qui est très contestable (2), on ne devrait pas lui permettre l'institution contractuelle. Nous avons suffisamment montré qu'elle est avant tout une donation.

Les aliénations par contrat de mariage doivent donc être consenties par le tuteur. Et la conclusion à laquelle nous arrivons c'est que l'interdit, pas plus que son tuteur, ne peut faire seul des donations.

Ici pourtant il nous faut tenir compte des principes spéciaux de la matière. Le législateur, se conformant aux traditions de nos anciens pays de cou-

avec l'article 1398 qui exige que les conventions matrimoniales soient passées par les futurs époux personnellement.

(1) Demolombe, t. III, n° 128.

(2) Cass., 27 février 1883. Sir. 84, I, 65.

tume, a considéré le régime de communauté légale comme étant le plus conforme à la nature du mariage ; la communauté d'existence doit amener la communauté d'intérêts. Si l'on ajoute que c'est le régime le plus favorable aux tiers, on ne s'étonnera pas que le législateur en ait fait le régime de droit commun des époux qui se marient sans contrat. On appliquera donc ce régime, lorsque l'un des époux étant interdit, il n'aura pas été fait de contrat de mariage. Et il faut lui permettre par conséquent de l'adopter expressément.

On a objecté, il est vrai, à cette opinion qu'elle conduisait à permettre à l'interdit les aliénations indirectes qui résultent du régime de communauté légale. En établissant la communauté des meubles et des acquêts, ce régime entraîne l'interdit à consentir des aliénations qu'il ne pourrait pas faire seul, et pour lesquelles le tuteur même aurait besoin d'une habilitation spéciale. Aussi a-t-on proposé d'appliquer à l'interdit qui se marie sans contrat, soit le régime de séparation de biens, soit le régime de communauté réduite aux acquêts. Nous avons déjà répondu par anticipation lorsque nous nous sommes occupés du contrat de mariage des prodigues et des faibles d'esprit. Nous retrouverons d'ailleurs la question dans notre deuxième partie.

Examinons maintenant quelle est, au point de vue

du contrat de mariage, la situation de l'interdit légal.

Qu'il puisse se marier avec l'agrément de l'administration, ce n'est guère discuté. Mais, frappé d'interdiction, mis en tutelle, et soumis à un régime analogue à celui de l'interdit judiciaire, pourra-t-il conclure personnellement ses conventions matrimoniales? Sa capacité est en principe régie par les mêmes règles que celle de l'interdit judiciaire. Tous actes passés par lui sont nuls de droit. C'est donc son tuteur qui traitera en son nom. Toutefois, il est à remarquer que la loi permet au Gouvernement de relever l'interdit des incapacités dont il est atteint.

D'après la loi du 30 mai 1854 sur l'exécution des travaux forcés (article 12), le Gouvernement peut accorder aux condamnés aux travaux forcés à temps, l'exercice dans la colonie des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale. Il peut les autoriser à jouir ou disposer de tout ou partie de leurs biens. Les aliénations à titre gratuit, comme les aliénations à titre onéreux, peuvent leur être permises. Mais les actes faits par ces condamnés dans la colonie jusqu'à leur libération, ne peuvent engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou ceux qui leur seront échus par succession, donation ou testament, à l'exception des biens dont la remise aura été autorisée.

La loi du 31 mai 1854 vise une catégorie de con-

damnés qui étaient autrefois atteints par la mort civile; et qui, par conséquent, ne pouvaient pas contracter mariage. En abolissant la mort civile, cette loi les a soumis à un régime analogue à celui des condamnés à une peine criminelle temporaire en l'aggravant un peu. A la dégradation civique, et à l'interdiction légale, l'article 3 ajoute la défense de disposer à titre gratuit et de recevoir au même titre, si ce n'est pour cause d'aliments, et en outre frappe de nullité tout testament antérieur à la condamnation. L'article 4 permet au Gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des incapacités édictées par l'article 3. Et l'article 3, alinéa 2, l'autorise également à accorder au condamné l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont il a été privé par son interdiction légale. D'ailleurs les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque. Seuls, les biens acquis à titre onéreux depuis sa condamnation peuvent être engagés par le condamné. Il peut en disposer, lorsque le Gouvernement l'y autorise, aussi bien par aliénation à titre onéreux que par aliénation à titre gratuit. Telles sont les conditions dans lesquelles il pourra être admis à passer son contrat de mariage.

Reste une catégorie d'incapables dont le mariage est

une éventualité assez peu probable ; mais dont nous devons néanmoins examiner la situation pour être complets ; nous voulons parler des aliénés internés dans un asile sans être interdits. Si l'on ne conçoit guère que leur mariage soit célébré pendant qu'ils sont encore dans l'asile, on peut à la rigueur concevoir qu'ils signent leur contrat de mariage pendant cet internement. Quelle est à ce point de vue l'étendue de leur capacité ?

L'article 39 de la loi du 30 juin 1838 dit que « les
« actes faits par une personne placée dans un établis-
« sement d'aliénés pendant le temps qu'elle y aura
« été retenue sans que son interdiction ait été pro-
« noncée ou provoquée, pourront être attaqués pour
« cause de démence conformément à l'article 1304 du
« Code civil ». Il semblerait résulter de ce texte qui permet d'attaquer les actes de l'interné seulement pour cause de démence, que l'interné n'est frappé d'aucune incapacité spéciale. En effet, la nullité pour cause de démence n'est pas fondée sur l'incapacité ; mais sur le défaut de consentement. Et cependant il est certain que l'interné est incapable : le renvoi à l'article 1304 en est une preuve. C'est une incapacité analogue à celle qui atteint l'interdit judiciaire en vertu de l'article 502. Il y a cependant une différence notable ; c'est que les actes de l'interdit sont nuls de droit, alors que ceux de l'interné qui n'est pas interdit peuvent seulement être annulés, ce qui laisse

au juge un certain pouvoir d'appréciation. Le tribunal tiendra compte des circonstances, de la lucidité d'esprit de l'interné, non pas au moment précis où l'acte a été passé ; mais dans une période approximative. Il prononcera la nullité si l'interné était dans un état habituel d'aliénation à l'époque de l'acte.

L'intervention personnelle de l'interné à son contrat de mariage sans aucune assistance est d'ailleurs le seul procédé qui lui soit ouvert pour faire son contrat de mariage. L'administrateur provisoire qui peut lui être nommé n'a que des pouvoirs d'administration, et n'a pas qualité pour intervenir au contrat de mariage de l'interné.

Il est inutile d'ajouter qu'indépendamment des incapacités fondées sur l'altération des facultés mentales l'individu qui, n'étant dans aucune des situations pour lesquelles la loi a édicté une incapacité, ferait son contrat de mariage, pourrait le voir annuler pour cause d'aliénation mentale s'il avait été passé en état de folie ; il serait nul pour défaut de consentement. Il en serait ainsi tout particulièrement des donations (V. l'article 901 du Code civil). La Cour de cassation a eu à le décider ainsi le 28 décembre 1856 (1). « En déclarant, dit l'arrêt que la dame X n'était « pas saine d'esprit, lorsqu'elle a fait une donation

(1) Sirey, 57, I, 244.

« universelle de biens à venir au profit du sieur X,
« son epoux, et en annulant par ces motifs la dona-
« tion, la Cour n'a fait qu'une juste application de
« l'article 901 du Code Napoleon, et n'a violé aucune
« loi. »

DEUXIÈME PARTIE

SANCTION DE L'INCAPACITÉ.

Quand un acte a été passé par un incapable en dehors des conditions prescrites par la loi, cet acte est nul. Il n'est pas douteux que le contrat de mariage passé par un incapable qui n'a pas été habilité conformément à la loi, soit atteint de nullité. Est-ce à dire qu'on va appliquer en cette matière purement et simplement les règles qui, d'après le droit commun régissent la nullité résultant de l'incapacité ? Rappelons en quelques mots quelles conséquences résulteraient de l'application des règles du droit commun.

Le principe est que la nullité fondée sur l'incapacité est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par l'incapable aux termes de l'article 1125.

La situation du mineur présente d'ailleurs cette particularité que les actes qu'il accomplit seul sont frappés d'une nullité de forme, s'ils étaient soumis à l'observation de certaines formalités qui n'ont pas

été suivies ; mais dans les autres cas ils ne peuvent être attaqués qu'à charge de prouver une lésion.

L'action qui appartient aux incapables dure 10 ans et la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où l'incapacité a pris fin. Cette action peut d'ailleurs être écartée par une confirmation survenue en temps de capacité.

Devons-nous appliquer ces règles à la nullité du contrat de mariage d'un incapable ? La question a soulevé de vives controverses qui sont loin d'être tranchées. Pour l'étudier nous aurons à nous demander :

1° Quelle est la nature de la nullité du contrat de mariage d'un incapable.

2° Quelles sont les fins de non recevoir contre cette action en nullité.

3° Quelles sont les conséquences de la nullité prononcée.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRE DE LA NULLITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE D'UN INCAPABLE

L'application du droit commun conduit, avons-nous dit, à déclarer nul, de nullité relative, l'acte passé par un incapable, (article 1125). Si on s'en tient au droit commun, il faudra donc déclarer que les conventions matrimoniales ne peuvent être annulées que sur la demande de l'époux incapable (1). Le mineur qui n'aura pas été assisté comme le veut la loi pourra seul intenter l'action en nullité. On peut seulement se demander si l'action qui lui appartient trouve son fondement dans l'inobservation des formalités prescrites par la loi ou dans la lésion qu'il aurait éprouvée.

Les auteurs qui admettent le système de la nullité relative, décident généralement que le mineur aura

(1) Colmet de Santerre sur Demante, VI, n° 15 *bis*. Baudry-Lacantinerie. — Précis, III, n° 28. — Huc, IX, n° 55.

seulement une action en rescision pour cause de lésion. Mais ils ne paraissent pas se préoccuper de la portée d'application de cette action. Les principes d'ailleurs sont simples. La nullité ne pourra être dirigée que contre les clauses qui font éprouver une lésion au mineur, ce qui comprend avant tout les donations, et en outre toutes les clauses qui contiennent une aliénation plus étendue que celle qui résulterait de l'adoption du régime de communauté légale. On pourrait seulement se demander si, en pareille hypothèse, on ne doit pas annuler le contrat de mariage tout entier à raison de l'indivisibilité des conventions matrimoniales.

Nous réservons cette question qui a été principalement discutée pour le prodigue. Bornons-nous à faire remarquer que cette indivisibilité n'était nullement admise par nos anciens auteurs. Ils se demandaient simplement si on pouvait distraire du contrat certaines clauses exorbitantes, et les annuler ou les réduire. Ainsi un ameublissement excessif était réduit au tiers. C'est un précédent dont on ne peut se dispenser de tenir compte.

Nous croyons que si on doit décider que le contrat de mariage du mineur est atteint de nullité relative, cette nullité, reposant sur le défaut d'assistance, doit être encourue dès qu'il est prouvé que le mineur n'a pas été assisté conformément aux prescriptions de l'article 1398. Dès lors le mineur obtiendrait la

nullité de son contrat sans avoir à fournir la preuve d'une lésion.

Il semble, en effet, que l'assistance requise par l'article 1398 soit une formalité dont l'inobservation doit être sanctionnée par une action en nullité, au même titre que le défaut d'autorisation du conseil de famille est une cause de nullité des actes passés par le mineur seul, lorsque, pour les accomplir, le tuteur devait être autorisé du conseil de famille.

La nullité n'en serait pas moins relative, et le mineur seul pourrait se prévaloir de la nullité. C'est en effet un principe certain que les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par les personnes au profit desquelles la nullité est établie. Or, dans notre hypothèse la nullité est fondée sur l'absence de la protection que le législateur a assurée au mineur. Le mineur seul, qui n'a pas été protégé comme le veut la loi, peut agir en nullité.

Telle n'est point l'opinion généralement suivie. Une jurisprudence constante, soutenue par un grand nombre d'auteurs (1), décide que la nullité qui atteint le contrat de mariage du mineur, lorsqu'il n'a pas été assisté ou qu'il ne l'a pas été conformément à la loi, est une nullité absolue, pouvant être invoquée par tout intéressé.

Cette opinion se fonde d'abord sur un très faible

(1) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, I, n° 600. — Demolombe, 23, n° 436. — Guillouard, I, n° 316 et suiv.

argument de texte. La loi déclare valables les conventions matrimoniales du mineur *pourvu que...* D'où, *a contrario*, elles sont dépourvues d'effet si le mineur n'a pas été assisté conformément à la loi. C'est faire dire à la loi ce qu'on veut y trouver, et non ce qu'elle a dit. Sans doute les conventions matrimoniales sont nulles, si les personnes qui doivent consentir au mariage ne l'ont pas assisté dans son contrat de mariage. Mais quelle est la nature de cette nullité ? L'article 1398 laisse la question entière. Il faut donc s'en tenir au droit commun : nullité relative, soit pour inobservation des formes, soit pour lésion.

Nous ferons remarquer que l'argument du texte tiré de l'article 1398 est exactement contrebalancé par un argument de même nature ; mais tiré en sens contraire, de l'article 1309. Cet article dit en effet : « Le mineur n'est pas restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. » *A contrario*, le mineur est restituable lorsque cette assistance fait défaut ; or, la restitution dont il s'agit dans les textes qui accompagnent l'article 1309 est une restitution pour cause de lésion. A l'argument de l'article 1398 on peut donc opposer victorieusement l'article 1309. D'ailleurs, il n'y a là qu'une dispute de mots, dont ne doit pas s'occuper le jurisconsulte véritablement digne de ce nom.

Aussi est-ce sur des arguments d'une autre nature que s'appuient la jurisprudence et les auteurs pour frapper d'une nullité absolue le contrat de mariage du mineur non assisté. Voici comment s'exprime à cet égard la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 16 juin 1879 (1), développant les arguments déjà donnés par la Chambre civile en 1855 et 1872 (2) :

« Attendu que le pacte matrimonial n'intéresse pas
 « seulement les époux et leurs héritiers ou ayants-
 « cause, qu'il intéresse aussi les tiers dans leurs rela-
 « tions avec l'association conjugale ; qu'il n'y a pas
 « lieu d'appliquer à ce contrat essentiellement im-
 « muable et indivisible la règle en vertu de laquelle le
 « mineur peut seul attaquer les actes consentis par lui
 « hors des limites de sa capacité, et que la nullité ré-
 « sultant de la contravention aux articles 160 et 1398
 « du Code civil est une nullité absolue dont peut ex-
 « ciper toute personne ayant intérêt à s'en prévaloir. »

La Cour invoque donc à l'appui de son opinion deux arguments d'ordre général, à savoir :

1° Que le contrat de mariage intéresse les tiers et que, par conséquent, sa nullité doit pouvoir être invoquée par eux.

2° Et que l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce qu'on laisse à la discrétion de

(1) Sirey, 80, I, 166.

(2) Civ. rej., 5 mars 1855. D, P., 55 I, 101. Civ., 19 juin 1872. D P. 72, I, 346.

l'incapable la faculté d'invoquer ou non la nullité du contrat de mariage.

Nous avouons ne pas bien saisir la portée du second argument. Il n'y a de changement au contrat de mariage que celui qui résulte d'une modification apportée par la volonté des parties aux conventions primitives. Or, dans notre cas la situation est fixée dès l'origine et avant la célébration du mariage. L'époux peut ou non demander la nullité du contrat en vertu d'une cause concomitante à sa conclusion. Les tiers qui traitent avec lui connaissent la situation ; il ne dépend pas de sa volonté de la modifier. Libre à eux de courir la chance que leur offre l'incertitude naissant de l'annulabilité, si nous pouvons nous exprimer ainsi, du contrat de mariage.

Quant à l'argument tiré de l'intérêt des tiers, il nous paraît reposer sur une confusion. Sans doute le contrat de mariage leur est opposable : mais pas plus qu'un autre contrat. Il n'échappe pas à l'adage « *res inter alios acta.* » Il ne peut pas mettre à la charge des tiers une obligation, pas plus qu'il ne peut créer un droit à leur profit, sauf bien entendu la réserve de l'article 1121. Il en est exactement de même d'un autre contrat, d'une vente par exemple. Ce qui fait illusion, c'est que le contrat de mariage établit un ensemble de relations durables, permanentes. Mais n'en est-il pas ainsi, par exemple, d'une acceptation de succession ? Et pourtant personne ne conteste

que seul, celui qui a accepté en état d'incapacité soit recevable à faire annuler son acceptation.

La Cour de cassation s'est donc laissée impressionner par des considérations pratiques qui, sans aucun doute, ont une valeur législative; mais qui semblent insuffisantes pour justifier une dérogation à des règles certaines du droit positif.

Quoiqu'il en soit, il ne paraît plus douteux devant les tribunaux que la nullité du contrat de mariage d'un mineur indûment assisté soit une nullité absolue. La conséquence en est que tout intéressé peut se prévaloir de cette nullité; et la jurisprudence l'a logiquement appliquée. En 1855, la Cour de cassation a décidé que les créanciers d'une femme avaient pu valablement saisir les valeurs qui lui appartenaient, bien que le contrat de mariage portât stipulation du régime dotal; parce que le contrat était nul, pour avoir été passé par la femme mineure sans l'assistance requise par l'article 1398. On a fait remarquer que cette solution pouvait se justifier sans invoquer la nullité absolue du contrat de mariage. En effet, l'action en nullité appartenait sans aucun doute à la femme en vertu de l'article 1125, puisque c'était elle qui était incapable. En conséquence, ses créanciers pouvaient l'exercer par application de l'article 1166. Il est vrai qu'on serait arrivé ainsi à faire exercer par les créanciers une action de la femme en réalité dirigée contre elle. La Cour aime mieux poser le principe de la

nullité absolue qui, depuis lors, a été constamment appliqué.

Dans son arrêt du 19 juin 1872 la Chambre civile avait à se prononcer sur les conséquences d'une nullité obtenue à la demande du mari, et fondée sur le défaut d'assistance de sa femme, mineure au moment du contrat de mariage. Comme elle considérait la nullité du contrat de mariage comme une nullité absolue, elle écarta naturellement l'article 1125 qui défend au co-contractant majeur de faire annuler le contrat à raison de l'incapacité de son cocontractant.

La Chambre des requêtes dans son arrêt du 16 juin 1879, déjà cité, rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui avait admis un créancier du mari antérieur au mariage à faire prononcer la nullité du contrat de mariage passé avec une femme mineure indûment assistée. Et elle affirme le droit pour tout tiers intéressé de se prévaloir de la nullité.

Ces conséquences logiques, tirées par la Cour de cassation de la théorie de la nullité absolue, sont acceptées par plusieurs auteurs qui admettent le point de départ. Cependant d'éminents auteurs ont proposé une doctrine intermédiaire en vertu de laquelle les tiers seraient bien recevables à invoquer la nullité du contrat de mariage pour les motifs allégués par les partisans de la nullité absolue ; mais au contraire l'époux majeur ne serait pas recevable à invoquer

cette nullité (1). Et ils tirent le motif de cette distinction de la disposition de l'article 1125 qui refuse bien l'action en nullité à la partie capable ; mais ne la refuse pas aux tiers.

C'est une doctrine que nous croyons insoutenable. L'article 1125 n'a pas pour objet d'accorder aux tiers l'action en nullité fondée sur l'incapacité. Les auteurs ne l'invoquent ici que pour les besoins de la cause. Quand ils étudient ce texte au siège de la matière, ils ne font aucune difficulté pour admettre que les tiers ne peuvent invoquer la nullité fondée sur l'incapacité. Il était inutile de le dire. Les principes qui régissent la théorie des nullités relatives suffisent à justifier cette solution. Le législateur a cru devoir s'expliquer sur le refus de l'action en nullité au co-contractant capable. On ne saurait en conclure qu'il ait voulu accorder cette action aux tiers, et faire échec ainsi au principe certain qui régit les nullités relatives.

Il faut donc choisir nettement entre la nullité relative et la nullité absolue. Si, comme le fait la jurisprudence, pour de sérieuses raisons pratiques on se range à la théorie de la nullité absolue, il faut donner l'action à tout intéressé, donc à l'époux majeur, comme aux tiers. Si, au contraire, on admet que le défaut d'assistance ne fait naître qu'une nullité relative,

(1) Aubry et Rau, V, § 502, texte et note 30. — Laurent, tome XXI, n° 35.

on n'accordera l'action qu'au mineur qui n'a pas été assisté conformément à la loi. On peut seulement se demander si la nullité est fondée sur l'inobservation des formalités requises ou si elle a son fondement dans une lésion. On voit quel intérêt pratique considérable s'attache à la détermination du caractère de la nullité du contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance requise. Nous retrouverons cet intérêt à propos des fins de non-recevoir contre l'action en nullité.

Mais avant d'étudier cette question, nous devons nous demander quel est le caractère de la nullité du contrat de mariage des autres incapables.

La question ne s'est guère posée pour l'interdit. L'application du droit commun conduirait à dire que le contrat de mariage passé par un interdit est nul de nullité relative. L'article 502 du Code civil dit bien que les actes de l'interdit « sont nuls de droit. » Mais nous savons que, par ces expressions, le législateur n'a pas entendu édicter une nullité absolue. Il a voulu dire d'abord qu'il suffit de prouver l'interdiction pour obtenir la nullité, sans avoir à fournir la preuve de la démence, et en second lieu que la nullité sera prononcée de plein droit dès qu'elle sera demandée sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice quelconque subi par l'interdit (1). Il est certain que si la question se présen-

(1) Beudant, *Cours de dr. civil français*, II, p. 60.

taît jamais devant les tribunaux, ceux-ci décideraient que la nullité du contrat de mariage passé par un interdit pendant son interdiction est atteint de nullité absolue.

La question ne se présente pas sous le même aspect pour les prodigues et les faibles d'esprit. En effet, il n'est pas question pour eux d'annuler leur contrat de mariage ; on se propose seulement de faire annuler les libéralités qu'ils ont consenties. On ne peut guère invoquer le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales pour faire considérer comme absolue la nullité de la donation qu'ils ont faite. Ce sont généralement les héritiers du prodigue ou du faible d'esprit qui demandent cette nullité. Or, il n'est pas nécessaire que la nullité soit absolue pour qu'ils aient le droit de l'obtenir. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas eu à se prononcer sur cette question.

CHAPITRE II

FINS DE NON RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN NULLITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE

§ I. — *Validité du mariage.*

Il est une théorie, développée par Troplong, et dont on trouve les racines dans l'ancien droit, d'après laquelle la nullité du contrat de mariage se trouverait couverte par un mariage valablement célébré. Ce principe a été développé par Lebrun ; et on le trouve même en droit canonique. « Si les deux
« parties, ou l'une d'elles, est dans la bonne foi, dit
« le P. Le Senuclier (1), l'Eglise et l'Etat s'accordent
« ensemble pour autoriser leur contrat civil ; ils
« veulent, quand leur mariage est réhabilité, qu'il
« ait force pour le passé comme s'il avait été con-

(1) *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, tome IV, liv. I.
Conf 1^{re}.

« tracté légitimement. » C'est, sous une autre forme, la théorie *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Elle se fonde sur une prétendue indivisibilité du mariage et du contrat de mariage que le Code n'a nulle part consacrée et que nous ne pouvons admettre (1). Sans doute il y a une certaine connexité entre les deux actes et le sort du contrat de mariage est lié à celui du mariage en ce sens qu'il ne peut pas produire d'effets s'il n'y a pas mariage. C'est un contrat accessoire subordonné à la condition *si nuptiae sequantur*. Il cesse de produire effet si le mariage est annulé (sous réserve, bien entendu, de l'application des règles du mariage putatif, art. 201 et 202 du Code civil).

Mais il n'y a pas un rapport si étroit que, toutes les fois que le mariage est valable, le contrat de mariage doive l'être aussi. D'ailleurs, la doctrine énoncée par M. Troplong se réduit à une pure affirmation. « Le « sort du contrat, dit-il, se règle par le sort de « l'union; il en suit les destinées, il en prend le caractère (2). » La prétendue indivisibilité alléguée à l'appui de cette opinion ne se fonde sur aucun principe. Le mariage et le contrat de mariage loin d'être indi-

(1) En ce sens : Duranton, XII, 10. — Rodière et Pont, I, 1850. — Odier, II, 610. — Bertauld, *R., crit.*, 1865, XXVI, p. 289 et 290. — Aubry et Rau, t. V, p. 232, et un arrêt de la Cour de cassation, civ., rejet 13 juillet 1857. — Sirey, 1857, I, 881. — Laurent, t. XXI, p. 21. — Angers, 21 juillet 1857. — Dalloz, 1857, II, 168.

(2) *Cont. de mar.*, I, nos 109 à 112.

visibles ont, au contraire, une nature essentiellement différente. L'un est un contrat pécuniaire, l'autre est une convention portant sur l'état des personnes. Nulle part la loi ne l'a qualifiée de contrat. Pour bien marquer la différence qui les sépare, le Code s'en occupe à deux endroits différents ; le mariage se trouve réglementé au titre premier au milieu des dispositions qui règlent l'état des personnes. Au contraire, c'est après avoir traité de la théorie générale des obligations que le Code pose les règles relatives au contrat de mariage. Il lui donne la première place dans la réglementation des différents contrats : mais il l'envisage comme un contrat soumis à tous les principes qui gouvernent les obligations sous réserve des règles spéciales qu'il édicte. Lorsqu'il ne le soustrait pas au droit commun, il le laisse soumis aux règles ordinaires des contrats. Deux contrats régis par des principes si différents et d'une nature si différente ne peuvent être indivisibles (1). Aussi pouvons-nous dire avec la Cour de cassation que « le mariage et le contrat de mariage, quoique très intimement liés l'un à l'autre, n'étant pas des actes du même ordre et de la même importance ont chacun leurs règles propres et particulières (2) ». Et la Cour d'Agen, après avoir reproduit cette formule ajoute « que aucune loi ne les a tellement confondus

(1) Guillouard, I, n° 296. — Laurent, XXI, nos 15 et 16.

(2) Cass., 23 décembre 1856. — D. P., 57, I, 17.

« qu'il soit impossible de maintenir le mariage sans
 « maintenir aussi les conventions civiles. Il n'y a pas
 « plus d'indivisibilité dans le mariage qu'il n'y en
 « a dans les différentes dispositions du contrat de
 « mariage lui-même » (1).

Refusant au mariage valable le pouvoir de vivifier un contrat de mariage nul, nous ne saurions à plus forte raison décider qu'un mariage nul, mais dont la nullité se trouve couverte, doive faire produire ses effets à un contrat de mariage nul. C'est évident, si la cause de la nullité n'est pas la même. Ainsi un contrat de mariage est nul pour vice du consentement, et le mariage est nul pour défaut de consentement de la famille. La nullité du mariage est purgée par une approbation expresse ou tacite donnée au mariage *ex post facto* par les parents dont le consentement était requis. Il est évident que le contrat de mariage n'en reste pas moins nul.

Mais supposons que le mariage et le contrat de mariage soit infectés du même vice. Un des époux se marie sans le consentement de sa famille après avoir passé son contrat de mariage sans l'assistance requise. Aux termes de l'article 183, « l'action en
 « nullité ne peut plus être intentée ni par les
 « époux, ni par les parents dont le consentement
 « était requis, toutes les fois que le mariage a été

(1) Agen, 21 juillet 57. Sir. 57, II, 530.

« approuvé expressément ou tacitement par ceux
« dont le consentement était nécessaire, ou lors-
« qu'il s'est écoulé une année sans réclamation de
« leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du
« mariage. Elle ne peut être intentée non plus par
« l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans ré-
« clamation de sa part depuis qu'il a atteint l'âge
« compétent pour consentir par lui-même au ma-
« riage. »

Voilà donc deux fins de non recevoir contre l'action en nullité du mariage fondée sur le défaut de consentement des parents. Rendent-elles impossible l'action en nullité dirigée contre le contrat de mariage ? (1). Ceux qui admettent l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage ont naturellement soutenu l'affirmative (2). En repoussant cette doctrine, nous avons repoussé par anticipation la conséquence qu'on veut en tirer. La Cour de cassation s'est nettement prononcée en ce sens dans un arrêt du 13 juillet 1857 : (3) « Attendu, dit cet arrêt, que le mariage et le
« contrat de mariage, quoique liés l'un à l'autre,
« n'étant pas des actes du même ordre et de la même
« importance, ont chacun leurs règles propres et par-

(1) La même question se pose et doit recevoir la même solution si un mariage est contracté par un impubère. Art. 185.

(2) Troplong, I, nos 96, 97 et 98. — Marcadé sur l'article 1398, n° 2.

(3) Sirey, 59, I, 801.

« ticulières ; que les fins de non recevoir, établies par
 « une faveur spéciale de la loi dans les articles 183 et
 « suivants du Code civil pour mettre à l'abri de toute
 « attaque l'union conjugale, ne protègent pas le pacte
 « relatif aux intérêts civils des époux contre l'action
 « en nullité, à laquelle il serait sujet de son côté, lors
 « même que cette action procéderait d'une irrégula-
 « rité commune aux deux actes, comme lorsqu'ils
 « ont été faits sans le concours des personnes dont
 « l'assistance était nécessaire pour habilitier l'un des
 « conjoints à raison de son état de minorité ; que si,
 « dans ce cas, la nullité du mariage est couverte dès
 « qu'il s'est écoulé une année depuis que l'époux
 « marié en minorité est parvenu à l'âge compétent
 « sans réclamation de sa part, il n'en est pas de
 « même de la nullité des conventions matrimoniales
 « que la femme, durant le mariage qui la soumet à
 « la puissance maritale, n'a point la liberté d'opter
 « entre le maintien ou l'annulation des conventions
 « dans lesquelles son mari est partie intéressée, et
 « que la prescription de l'action en nullité de contrat
 « de mariage, comme toute autre prescription, ne
 « court point entre époux. Par ces motifs. » C'est aussi
 la doctrine à laquelle se rallie la majorité des au-
 teurs (1).

(1) Aubry et Rau, § 501 textes et notes 10 et 11, § 502, texte et note 33. — Bertauld, *Quest. prat.*, I, n^{os} 612 et ss. — Guillouard, I, n^o 318.

Nous n'admettons donc pas contre l'action en nullité du contrat de mariage la fin de non recevoir tirée de la validité du mariage ou des fins de non recevoir contre l'action en nullité du mariage.

§ II. — *Confirmation et Prescription.*

Mais il est deux autres voies par lesquelles se couvre une action en nullité, la confirmation et la prescription. Leur application aux nullités du contrat de mariage soulève de graves difficultés doctrinales qui ont leur source dans la conception qu'on se fait de la nullité qui atteint le contrat de mariage et dans les principes spéciaux de la matière, notamment celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Si on admet la doctrine de la nullité absolue, la difficulté ne se présente pas. On ne peut pas confirmer un acte atteint d'un vice radical. C'est ce que la jurisprudence a toujours décidé. La Cour d'Agen a fait l'application de cette doctrine dans son arrêt du 28 mai 1894 (1) intervenu dans l'hypothèse suivante. Une fille mineure et n'ayant ni père ni mère ni ascendant s'était fait assister, lors de la passation de son contrat de mariage, par son tuteur. S'apercevant du

(1) D. P. 97, II, 80 : Sir., 96, II, 293.

vice qui infectait cet acte, elle fit comparaître devant le notaire avant la célébration du mariage six de ses parents qui, après avoir pris connaissance du contrat, déclarèrent en approuver les causes. La Cour a annulé le contrat de mariage sur ce motif que « en « droit il n'y a pas de ratification possible de ce qui « est nul d'une nullité radicale; mais seulement de ce « qui est annulable ; que dans l'espèce, à l'égard des « tiers il n'y a pas seulement contrat de mariage infecté d'un vice réparable ; mais qu'il n'y a pas contrat de mariage ; qu'on peut ratifier une convention existante ; mais non celle qui n'existe pas. » L'arrêt faisait d'ailleurs très justement remarquer que la prétendue ratification qu'on avait voulu voir dans cette intervention de six parents de la future épouse devait rester inefficace, même si on adoptait la nullité relative, car elle n'émanait pas d'un véritable conseil de famille « En fait, dit la Cour, la ratification prétendue n'émane même pas du conseil « famille ; que si l'on voit comparaître devant le notaire six personnes qui, à l'origine, ont fait partie « du conseil de famille, et auxquelles, dit l'acte, on a « donné connaissance du contrat de mariage pré- « existant, il ne suffit point de produire l'adhésion de « ces six personnes ; mais qu'il faut la décision du « conseil de famille, constitué sous la présidence du « juge de paix, et qui, après contrôle des conventions proposées donne son consentement ; que,

« dans la cause, pareille chose n'existe pas, puisque
« les conventions ont précédé, et que des personnes
« qui, à elles seules, ne pouvaient composer le conseil
« de famille, ont déclaré simplement qu'elles tiennent
« pour bon et bien fait ce que la mineure a fait sans
« leur consentement préalable, et sans que, même,
« la substance de la convention soit ramenée dans
« l'acte de prétendue ratification ; que le conseil de
« famille lui-même, régulièrement constitué, n'au-
« rait pu utilement déclarer valable un contrat de
« mariage nul ; qu'à *fortiori* six parents sans le juge
« de paix, et par suite, non constitués en conseil de
« famille, ne l'ont pas pu davantage ».

L'inefficacité de la confirmation d'un acte nul de nullité absolue est incontestable : elle a été maintes fois consacrée (1).

La prescription ne peut pas davantage produire indirectement l'effet d'une confirmation. La prescription décennale de l'article 1304 repose en effet sur une confirmation présumée. Or, la confirmation tacite ne peut pas faire ce que ne pourrait faire une confirmation expresse. Tout au plus pourrait-on admettre que l'action en nullité se trouve soumise à la règle générale de l'article 2262 d'après lequel toutes

(1) Voir notamment un arrêt de la Chambre civile du 6 novembre 1895. D. P., 97, I, 25, note Sarrut ; *Pand. fr.*, 97, I, 273 note, Bouilly. — Sirey, 96, I, 5, note Lyon-Caen sur renvoi Nîmes, 13 janvier 1897. *Pand. fr.*, 97, I, 247.

les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par 30 ans. Déclarer l'action prescrite, ce n'est pas donner effet à un acte inexistant, c'est appliquer purement et simplement la disposition absolue de l'article 2262. C'est la doctrine de la Cour de cassation qu'elle a formulée dans plusieurs arrêts : « At-
 « tendu, dit-elle, que la prescription décennale de
 « l'article 1304 ne peut être opposée qu'aux demandes
 « en nullité ou en rescision d'un acte entaché d'un
 « vice ou d'une nullité que seul un consentement
 « exprès ou tacite peut couvrir ; mais que la seule
 « prescription à opposer au cas d'absence d'acte par
 « le défaut d'existence légale est la prescription de
 « 30 ans » (1). Cette doctrine est vivement critiquée par les auteurs qui reconnaissent seulement que « en
 « fait, il arrivera que les actions personnelles tendant
 « à effacer les conséquences de l'exécution de l'acte
 « juridiquement inexistant seront éteintes par la pres-
 « cription trentenaire. Les demandes en restitution
 « ou en répétition seront irrecevables comme pres-
 « crites, non pas parce que l'acte sera devenu valable ;
 « mais parce que l'article 2262 s'opposera à l'exercice
 « de ces actions (2) ».

Donc si la nullité est absolue, ni la confirmation, ni la prescription décennale ne sont possibles. Il peut

(1) Cass., 6 nov. 1895. D. P., 97, II, 25. Voir égal. Req., 6 nov., 1879. D. P., 80, I, 145 et la note de M. Beudant.

(2) Baudry-Lacantinerie et Tissier, De la prescription, n° 589.

seulement y avoir lieu de maintenir des actes accomplis en exécution de l'acte inexistant faute d'action en nullité pour obtenir le rétablissement d'un état de chose régulier.

Au contraire, si on soutient avec un parti important de la doctrine que la nullité du contrat de mariage d'un incapable est purement relative, on devra, semble-t-il, admettre la confirmation et la prescription décennale de l'article 1304. Et cependant de graves difficultés ont été soulevées.

Tout d'abord, en ce qui concerne la confirmation, l'application des règles ordinaires conduirait à dire qu'elle est possible dès que la cause de nullité a cessé et qu'elle résulte alors soit d'un acte exprès, soit d'une exécution volontaire de la part de l'ex-incapable, impliquant l'intention de réparer le vice qui infectait l'acte (article 1338). Y a-t-il des raisons de déroger ici au droit commun ?

La confirmation peut intervenir avant, pendant ou après le mariage. Avant le mariage, la confirmation est possible à la seule condition de satisfaire aux prescriptions de l'article 1396 du Code civil. Il faudra par conséquent qu'elle soit revêtue de la même forme que le contrat de mariage ; et que toutes les parties consentent simultanément la ratification. Il faudra en même temps se conformer aux dispositions de l'article 1397 du Code civil. Sur ce point il ne paraît pas y avoir de difficulté dans la doctrine de la nullité relative.

Mais y a-t-il des raisons pour décider que la confirmation n'est plus possible après la célébration du mariage ? On le dit, et voici les deux arguments que l'on met généralement en avant. Admettre, dit-on, que l'ex-incapable puisse confirmer un contrat de mariage nul, c'est porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. « Après « la célébration du mariage, dit Laurent (XXI, n° 33) « les conventions matrimoniales ne peuvent plus re- « cevoir de changement, et ce serait les changer que de « déclarer valables des conventions qui étaient nulles ».

Il nous paraît y avoir dans cette argumentation une méprise sur la nature de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Ce que la loi défend c'est de modifier par une manifestation de volonté l'état de choses antérieur. Or, ce n'est pas ce qui a lieu en cas de confirmation. Grâce à l'effet rétroactif qu'elle produit, il se trouve que les époux auront toujours été soumis au même régime matrimonial. Il n'y aura eu aucune modification au contrat de mariage ; rectifier n'est pas modifier. Bien au contraire, la rectification, dans la définition légale, loin d'être une modification est une véritable confirmation. Et comme le dit notre maître regretté, M. Bufnoir, elle ne substitue pas le régime du contrat à une autre, elle consolide ce régime, de manière à assurer aux tiers comme aux conjoints toute sécurité (1).

(1) Bufnoir, *Thèse de doctorat*, 1856.

Mais à défaut de cet argument que quelques auteurs abandonnent, ils en mettent un autre en avant qui leur paraît irréfutable. Pour confirmer un acte, dit-on, il faut être en état de pouvoir faire cet acte. Or, un contrat de mariage ne peut pas être fait pendant le mariage ; donc il ne peut être confirmé.

Bien qu'il puisse paraître présomptueux de s'élever contre une doctrine si bien établie, nous croyons cependant qu'elle n'est pas fondée. D'abord c'est en vain que nous cherchons dans le Code le prétendu principe qu'on ne peut confirmer l'acte qu'on ne pourrait pas faire au moment de la confirmation. Or, il nous semble téméraire de repousser la confirmation par application d'un prétendu principe qui n'est formulé nulle part.

Tout au moins ce principe est-il une conséquence d'autres principes juridiques certains ? Pas davantage ; nous ne voyons aucune impossibilité à confirmer un acte qu'on ne pourrait plus faire au moment de la confirmation. Voici, par exemple une vente, faite par un incapable ; elle peut être annulée. Elle peut aussi être confirmée par l'incapable devenu capable. Supposons qu'au moment où il se décide à faire cette confirmation l'objet ait péri ; la vente ne serait pas possible faute d'objet. Allons-nous dire que la confirmation est impossible ? Personne n'oserait le soutenir. Et dès lors pourquoi ne

pas appliquer la même doctrine au contrat de mariage ? Si on n'admet pas que la confirmation soit rendue impossible à cause du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il n'y a pas de raison pour l'écarter.

Possible pendant le mariage, la confirmation nous paraît pour les mêmes raisons possible après la dissolution du mariage (à condition bien entendu que l'on considère la nullité comme une nullité relative). Et ceux-là même, parmi les auteurs qui déclarent impossible la confirmation pendant le mariage, la reconnaissant licite après sa dissolution. « Après la « dissolution du mariage, disent Aubry et Rau (1), il « est loisible à l'époux incapable ou à ses héritiers de « renoncer à faire valoir la nullité produite par son « incapacité. »

Quelques auteurs parmi ceux-là même qui professent la doctrine de la nullité absolue avec toutes ses conséquences ont également cru pouvoir autoriser la confirmation à ce moment. Il nous paraît y avoir là une contradiction évidente. Une nullité absolue ne peut pas devenir relative. Tout ce qu'on doit admettre, c'est que rien n'empêche les conjoints ou leurs héritiers de prendre pour base de la liquidation de leurs droits, le contrat de mariage nul. Mais ce n'est pas là confirmer, c'est faire un acte

(1) T. V, § 502, texte et note 10.

nouveau, produisant ses effets à sa date et avec sa force propre (1).

C'est ce qu'a très nettement mis en lumière la Cour de cassation dans un arrêt du 6 avril 1858 (2). « Attendu, dit-elle, que si après la dissolution du « mariage, et lorsque les motifs d'ordre public « avaient cessé, il était permis aux parties de régler « par un nouvel acte leurs intérêts civils, comme « elles le jugeaient convenable, ce n'était pas à la « disposition spéciale de l'article 1338 qu'elles devaient recourir ; que cette disposition suppose en « effet l'existence d'un vice ou d'une nullité qu'il « s'agit de réparer ou de couvrir, et qu'elle ne reçoit « pas d'application au cas d'un acte nul d'une nullité « d'ordre public, et qui, eu égard à sa nature et à « son objet, n'aurait pu prendre naissance, même « sous une forme d'ailleurs régulière à l'époque de « sa prétendue ratification ; que ces principes consacrés par l'arrêt attaqué résistent à toute critique. »

M. Laurent qui admet la confirmation après dissolution du mariage ajoute que « il va de soi que cette « renonciation des époux ou de leurs héritiers à se « prévaloir de la nullité n'empêcherait pas les tiers « intéressés de l'invoquer : les époux sont libres de « renoncer à leurs droits, il ne leur est pas permis

(1) Bertauld, *op cit.*, I. n° 609. — Guillaud, I, n° 291.

(2) Sirey, 59, I, 17.

« de renoncer aux droits des tiers. » Cette opinion est une conséquence de la doctrine de cet auteur qui admet les tiers à agir en nullité du contrat de mariage, et ne refuse ce droit qu'à l'autre époux. Nous avons repoussé cette doctrine hybride, nous en repoussons naturellement la conséquence.

Nous déciderons donc qu'une confirmation, lorsqu'elle est intervenue valablement, rend l'acte inattaquable. Nous réservons seulement avec l'article 1338, les droits des tiers, c'est-à-dire, que les tiers qui ont acquis entre le moment où le contrat de mariage a été passé et celui où il a été confirmé des droits qui auraient produit effet si le mariage avait été valable, conserveront ces droits. Ainsi, une femme mineure se marie sans l'assistance requise sous le régime dotal. Au cours du mariage, elle vend un de ses immeubles dotaux. Elle ne pourra pas, après avoir confirmé, invoquer l'inaliénabilité de son fonds dotal pour faire annuler la vente qu'elle a consentie. La confirmation ne peut pas nuire aux tiers. Comme on le voit, cette formule ne ressemble en rien à celle de M. Laurent qui donne l'action en nullité aux tiers d'une manière absolue. Elle ne peut leur appartenir dans notre doctrine que dans la mesure où ils auraient acquis des droits auxquels la confirmation porterait atteinte.

Après avoir étudié la confirmation du contrat de mariage, que faut-il décider pour la prescription dé-

cennale de l'article 1304 ? Nous la croyons possible au même titre que la confirmation. Toutefois, il nous faut tenir compte ici d'une règle de droit positif qui se trouve formulée dans l'article 2253 d'après lequel « la prescription ne court pas entre époux. » Or, c'est bien une véritable prescription qu'organise l'article 1304; et elle doit être régie par les règles ordinaires de cette institution.

Mais après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose plus à ce que la prescription commence à courir. Elle s'accomplira par 10 ans. Son point de départ n'est cependant pas nécessairement le jour de la dissolution du mariage. Il faudra à cet égard appliquer les distinctions contenues dans l'article 1304. « Le temps ne court, dit l'alinéa 3 de ce texte, à « l'égard des actes faits par les interdits que du jour « où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits « par les mineurs que du jour de la majorité. » L'époux mineur ou interdit qui aura passé son contrat de mariage en état de minorité ou d'interdiction peut être encore dans le même état au moment de la dissolution du mariage. On lui appliquera la disposition du texte que nous venons de transcrire. Il ne faut pas donner pour le prodigue ou le faible d'esprit la même solution que pour l'interdit, parce que l'article 1304 ne recule pas pour eux le point de départ de la prescription. »

Nous rappelons qu'à l'égard des internés dans un

asile d'aliénés la prescription décennale ne court que du jour de la signification de l'acte accompli ou de la connaissance qu'ils ont eue de cet acte (Loi du 30 juin 1838. Article 39).

Nous avons déjà fait remarquer que la jurisprudence admettait une prescription de 30 ans, tout en conservant la doctrine de la nullité absolue ; et nous avons donné plus haut les raisons qui nous obligeaient à repousser cette doctrine.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA NULLITÉ

En supposant que la nullité soit prononcée, quels vont être les effets de l'annulation ? Disons de suite que ces effets seront les mêmes, quelque opinion que l'on soutienne sur le caractère absolu ou relatif de la nullité du contrat de mariage. L'acte déclaré nul ne peut produire aucun effet quelles que soient les personnes qui aient provoqué cette annulation.

Mais puisqu'un acte nul ne peut produire aucun effet, il semble que les difficultés qui s'élèvent sur la nullité d'un contrat de mariage ne doivent pas être bien graves. Ce serait se méprendre. La source des controverses qui se sont élevées dans cette délicate matière provient de la complexité du contrat de mariage qui n'est pas une convention ayant un objet unique ; mais qui est destiné à régler tous les rapports pécuniaires des époux. Et de là naît la question de savoir si la nullité atteint nécessairement toutes les clauses

du contrat de mariage. N'y a-t-il pas entre elles une indivisibilité qui rende nécessaire l'annulation totale du contrat. Ou au contraire n'est-il pas permis de faire une distinction entre les clauses qui doivent être annulées et celles qui peuvent être maintenues ? Et si on admet une nullité générale quel va être le régime auquel les époux seront soumis.

Ce sont les deux questions que nous avons à examiner.

1° D'abord quelle est l'étendue de la nullité ?

2° Et quand le contrat de mariage est annulé en entier quel est le régime matrimonial des époux ?

§ I. — *Etendue de la nullité.*

Lorsque l'incapacité est générale comme celle du mineur ou de l'interdit, et qu'on admet la doctrine de la nullité absolue, la difficulté n'est pas grande. Le contrat de mariage tombe tout entier. Il en est de même si on soutient l'opinion d'après laquelle l'assistance requise par l'article 1398 est une formalité de protection pour le mineur, dont la seule inobservation suffit à faire prononcer la nullité.

Mais lorsqu'on soutient que la nullité du contrat de mariage d'un mineur est fondée sur la lésion, ne doit-on pas dire que les seules clauses qui sont pour lui une cause de lésion sont susceptibles de rescision.

Et une question analogue se pose forcément pour le contrat de mariage du prodigue. Seules les conventions qui contiennent une aliénation sont frappées de nullité par les articles 499 et 513. Faut-il en pareille hypothèse laisser intactes les autres conventions. Ne doit-on pas annuler le contrat de mariage tout entier à raison de l'indivisibilité des conventions matrimoniales ? La question est vivement discutée et mérite un sérieux examen.

Il est certain qu'il y a entre les diverses clauses du contrat de mariage un lien intime. Les conventions matrimoniales constituent un ensemble dont toutes les parties sont solidaires. Annuler les unes et maintenir les autres, c'est méconnaître la volonté des parties qui, si elle ne s'est pas manifestée en termes formels, n'en apparaît pas moins certaine. Et dès lors ne faut-il pas dire que la nullité d'une partie du contrat de mariage entraîne la nullité du tout ?

Ainsi présentée, la doctrine de l'indivisibilité nous paraît trop absolue. Nous serions portés à faire une distinction entre les libéralités et les conventions à titre onéreux. Les donations ne nous paraissent pas faire partie intégrante du contrat de mariage. Sans doute elles exercent une influence souvent décisive sur le contrat de mariage. Mais elles ne peuvent pas être considérées, sauf manifestation expresse d'une volonté contraire, comme formant un tout indivisible avec les autres clauses du contrat. L'objet principal

du contrat de mariage consiste dans la détermination du régime auquel les époux ont entendu se soumettre. Sans doute il contient très souvent des donations ; mais ce n'est pas une raison pour qu'elles en soient inséparables. La preuve du contraire nous paraît résulter de ce qu'elles sont soumises à des règles propres de capacité (article 901) et à des causes spéciales de révocation.

Plus irrévocables que les donations ordinaires, les donations en faveur du mariage restent cependant révocables pour inexécution des conditions et pour survenance d'enfant lorsqu'elles émanent d'un tiers. On admet généralement qu'elles peuvent être révoquées pour ingratitude lorsqu'elles ont été faites par un époux à l'autre. Si donc une de ces causes de révocation venait à se produire, il n'est pas douteux que le contrat de mariage n'en serait pas moins valable. Or, sans vouloir assimiler la nullité à la révocation, ne doit-on pas admettre qu'au point de vue spécial qui nous occupe elle doit produire un effet analogue. Pourquoi une donation nulle entraînerait-elle avec elle la nullité du contrat de mariage, alors qu'une donation révoquée la laisse subsister ? On n'en verrait pas la raison.

Nous admettrions seulement qu'en cas de donation mutuelle ou réciproque, la nullité obtenue sur la demande de l'époux incapable entraînerait l'annulation de la donation qui lui aurait été faite par

l'autre partie : « La raison en est, disent MM. Aubry et Rau (1), que les donations mutuelles ne sauraient être considérées comme dégagées de tout motif intéressé et qu'elles sont en quelque sorte la condition ou la cause l'une de l'autre. » Rien de plus juste. Mais le surplus du contrat de mariage reste intact si les clauses qu'il contient ne sont pas elles-mêmes viciées par une cause de nullité.

La jurisprudence a eu à faire fréquemment l'application de ces règles et elle ne s'est pas toujours inspirée des mêmes principes. Elle a décidé en 1856, qu'une donation par contrat de mariage pouvait être annulée en vertu de l'article 901, tout en laissant subsister les autres clauses du contrat (2). Le lendemain elle décidait au contraire que les donations consenties par un prodigue étaient intimement liées au contrat; et elle en concluait non pas que le contrat était nul pour le tout; mais que la donation était valable (3). Elle formulait la même doctrine dans son arrêt du 5 juin 1889 et en tirait cette conséquence qu'on ne saurait diviser le contrat de mariage, et qu'on ne peut, en maintenant le régime matrimonial des époux, déclarer nuls les pactes ou dons de survie qui s'y trouveraient mêlés (4). Mais elle l'a ré-

(1) Aubry et Rau, § 703, texte et note 2. — Demolombe, donations, III, n° 539.

(2) Civ. rej., 23 décembre 1856. D. P. 57, I, 17.

(3) Cass., 24 décembre 1856. D. P. 57, I, 18.

(4) Cass., 5 juin 1889. D. P. 91, I, 449.

pudiée dans son arrêt du 21 juin 1892 ; et elle a décidé que « sans doute les dispositions d'un contrat de mariage comme celles de tout autre contrat ne sauraient être arbitrairement scindées ; mais qu'il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'en traînera pas la nullité du surplus (1). » Faisant application de cette doctrine à l'espèce qui lui était soumise, elle décidait qu'une institution contractuelle consentie par la future épouse pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil peut être annulée seule. La Cour de cassation a ainsi établi l'harmonie dans sa jurisprudence.

Les donations peuvent donc être isolées du contrat de mariage, et leur nullité n'empêchera pas qu'il produise tous ses autres effets.

Mais les autres conventions ne sont-elles pas unies entre elles par un lien d'indivisibilité ? Sur ce point l'hésitation est permise. « M. Laurent paraît poser en règle que les conventions matrimoniales restent indépendantes. « On conçoit très bien, dit-il, que le contrat renferme des clauses dont les unes sont conformes et les autres contraires à la loi et que, par suite, il y ait lieu de maintenir les premières et d'annuler les secondes (2). »

(1) D. P. 92, I, 369.

(2) T. XXI, n° 16.

D'autres auteurs pensent au contraire que les diverses clauses du contrat de mariage sont solidaires les unes des autres. « A mes yeux, dit M. de Loynes, « un contrat de mariage comprend toujours et nécessairement des clauses relatives au régime matrimonial. Envisagé en lui-même, ce premier élément « forme un tout indivisible et nous sommes portés « à penser que l'annulation d'une des clauses relatives « au régime des biens entre époux ruine le régime « tout entier. »

Ces deux doctrines opposées nous paraissent l'une et l'autre trop absolues, Nous aimerions mieux laisser au juge un pouvoir d'appréciation. Rien n'est plus varié que les clauses d'un contrat de mariage. Les unes ont aux yeux des parties, une importance capitale ; leur nullité entraînera l'annulation de tout le régime. D'autres ont, le caractère accessoire ; il serait excessif de lier leur sort à celui du contrat de mariage. Comment distinguer ces deux séries de clauses ? Il ne paraît pas possible de poser sur ce point des règles doctrinales précises ; et, comme nous l'avons dit, le mieux sera de s'en remettre à la sagesse du juge.

Nous devons ajouter, pour terminer nos explications sur l'étude de la nullité, que si cette nullité est générale, elle frappe toutes les clauses du contrat qui font partie du régime matrimonial adopté par les époux. Le plus souvent les donations qui peuvent

cependant s'en détacher sont nulles quand le contrat de mariage est annulé. Il en est ainsi notamment des donations de biens à venir ; la raison en est qu'elles ne peuvent être faites que par contrat de mariage ; et il n'en existe plus. Il n'en sera pas nécessairement ainsi des donations de biens présents qui peuvent très bien se détacher du contrat et valoir de leur propre vertu. Et cependant elles seront généralement nulles parce qu'elles n'auront pas été acceptées expressément. On sait en effet que les donations sont soumises à la nécessité d'une acceptation expresse (article 932). Par exception, les donations par contrat de mariage ne sont pas soumises à la solennité de l'acception qui peut être expresse ou tacite, qui résulte le plus souvent de la simple présence du donataire à la signature du contrat de mariage. Il arrivera donc généralement qu'il n'interviendra pas d'acceptation expresse ; et en ce cas le contrat de mariage étant annulé, la donation le sera aussi. Elle le sera encore pour un autre motif ; c'est que la donation ordinaire exige la présence réelle du notaire en second ou des témoins à peine de nullité, alors que les donations par contrat de mariage échappent à cette exigence comme le contrat de mariage lui-même (loi du 21 juin 1843-article 2) Valable, si le contrat est valable ; elles suivent le sort du contrat, et cessent de produire effet dès que le contrat de mariage est annulé.

C'est assurément rigoureux puisque les donations

ont été faites en faveur du mariage qui subsiste malgré la nullité du contrat pécuniaire ; mais c'est très juridique. Et la Cour de cassation a toujours consacré cette solution. « Attendu, dit-elle, dans un arrêt du « 19 juin 1872 (1) que la donation de biens présents « et la donation de biens à venir faites dans un contrat « annulé, ne pouvant profiter des immunités établies « par les articles 1082 et 1087 du Code civil, sont radicalement nulles pour défaut d'acceptation et « comme comprenant des biens qui ne pouvaient être « donnés que par contrat de mariage. »

§ II. — *Régime matrimonial des époux quand le contrat de mariage est annulé*

Lorsque la nullité ne frappe que certaines clauses, la solution est simple ; ces clauses sont nulles et les autres conventions matrimoniales continuent à régir l'association conjugale. Mais dans le cas où le contrat de mariage est annulé pour le tout, quel est le régime auquel sont soumis les époux ?

Le législateur a organisé quatre régimes principaux. Chacun d'eux a été proposé comme devant être le régime des époux dont le contrat de mariage est annulé. Le régime dotal seul n'a pas trouvé de défen-

(1) D. P. 72, I, 346. Voir aussi civ., 11 juillet 1853. D. P. 53, I, 281.

seur. On a sans doute hésité à frapper d'inaliénabilité les biens de la femme, alors que rien ne manifeste son intention de se soumettre à cette protection et que la loi exige une déclaration expresse pour que le régime dotal soit appliqué. (art. 1392) Mais tandis que M. Bertauld (1) propose le régime de communauté réduite aux acquêts, M. Demolombe (2) préfère la séparation de biens, et un auteur, M. Vidal (3), a soutenu récemment que c'était au régime d'exclusion de communauté qu'il fallait donner la préférence. La presque unanimité des auteurs, hâtons-nous de le dire, se prononce pour le régime de la communauté légale, qui est, dans le système du Code, le régime de droit commun.

C'est la seule opinion qui nous semble défendable. Mais avant de donner les motifs qui nous paraissent l'imposer, nous devons faire connaître brièvement les arguments invoqués par les auteurs disidents.

La communauté réduite aux acquêts se recommande aux yeux de M. Bertauld, parce que la communauté est le régime légal. « J'en détache, dit-il, les conséquences auxquelles les contractants n'ont pas eu « capacité pour se soumettre ; j'applique le principe « de la loi ; je me conforme à son vœu ; mais avec les

(1) *Op. cit.*, n° 620.

(2) VIII, n° 740.

(3) Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, p. 103 et suiv.

« restrictions et les tempéraments que comporte la « situation. » Mais le régime de communauté aux acquêts n'est pas satisfaisant ; car l'incapable y aliène la jouissance de ces biens, et l'aliénation peut même être très étendue s'il apporte en mariage une fortune beaucoup plus considérable que celle de son conjoint. En outre, ce régime n'est pas légal.

Au contraire, si M. Demolombe croit devoir proposer le régime de séparation de biens, c'est parce que c'est le seul régime où chacun des époux garde la propriété et la jouissance de ses biens. On ne saurait soumettre l'incapable à un régime impliquant une aliénation qu'il ne peut consentir ; or, dans le régime proposé par M. Demolombe l'époux incapable n'aliène rien. Sans doute ; mais nous ne pouvons néanmoins adopter ce système ; car le régime de la séparation de biens a besoin d'être stipulé expressément pour être adopté (article 1536).

Enfin M. Vidal ne pouvant accepter la communauté légale qui implique des aliénations parfois excessives, considérant l'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts comme une solution arbitraire, qui autorise néanmoins les aliénations, rejetant enfin la séparation de biens, qui implique défiance à l'égard du mari, en arrive par voie d'élimination, d'exclusion au régime exclusif de communauté où le mari reste le chef de la famille et garde l'administration et la jouissance du patrimoine de la femme.

Toutes ces opinions nous paraissent entachées d'arbitraire. La divergence des auteurs qui ne veulent pas s'en tenir au régime de droit commun le prouve surabondamment. Il y aurait peut-être de bonnes raisons pour préférer en elle-même une des solutions proposées ; mais ces solutions sont insoutenables dans le système du Code ; car à tort ou à raison le législateur a fait de la communauté légale le régime de droit commun.

C'était déjà le régime de droit commun dans notre ancien droit où les auteurs, sous l'influence de Dumoulin, le considéraient comme le régime conventionnel des futurs époux (1). « C'est, dit Pothier, la « convention tacite ou virtuelle, intervenue entre « les parties, par laquelle elles sont censées être « convenues qu'elles y tombassent, qui les y fait « tomber. » Il est vrai que Dumoulin avait donné cette solution, en considérant ce fondement conventionnel comme une fiction, destinée à trancher les conflits de coutumes sur le régime légal des biens entre époux. Mais il semble bien que ce point de départ adopté, on en déduisait toutes ses conséquences logiques (2) et notamment que le mineur marié sans contrat et soumis à la communauté légale pouvait se faire relever contre les conséquences

(1) Pothier, Communauté, n° 11, *Contr. de mariage*, n° 551. — Lebrun, Communauté, L. I, ch. II, n° 26.

(2) Cf. Lambert, note dans *Pand. fr.*, 97, II, 33.

des aliénations indirectes qui en résultaient. « Lorsqu'un mineur qui a tout son bien ou une « grande « partie de son bien en biens meubles, dit Pothier, « s'est marié sans faire de contrat de mariage, il doit, « suivant cette jurisprudence, être restitué de plein « droit contre le consentement qu'il paraît avoir « donné à ce que tout son mobilier entrât dans la « communauté légale, et contre le défaut d'une convention pour la réalisation de ce qui excédait le « tiers de l'universalité de ses biens ; car un consentement tacite n'est pas plus fort qu'un consentement formel contre lequel la jurisprudence des « arrêts restitue un mineur qui apporte en communauté plus du tiers de son bien (1). »

Il résulte de là que les anciens auteurs croyaient pouvoir modifier les conséquences légales du régime de communauté appliqué sur le fondement d'un consentement présumé. Aujourd'hui il ne saurait être question d'appliquer de pareilles réductions. Faut-il donc soumettre les époux dont le contrat est annulé pour cause d'incapacité au régime de communauté légale, qui implique des aliénations dépassant de beaucoup les bornes de leur incapacité ?

Ceux qui voient dans le régime de communauté légale un régime purement conventionnel, ne peu-

(1) Pothier, Communauté, n° 103. — Lebrun, Communauté, l. I, ch. v, distinction, III, n° 13. — Bourjon, *Dr. commun de la France*, t. II, p. 482.

vent l'admettre sans contradiction. C'est cependant l'opinion de la majorité des auteurs. Pour échapper à la contradiction il faut voir dans le régime de communauté légale un régime imposé. C'est bien par une interprétation présumée des parties que le législateur a consacré le régime de communauté légale comme régime de droit commun ; mais cette volonté est appréciée *in abstracto*. Il se produit ici quelque chose d'analogue à ce qu'on trouve en matière de succession *ab intestat*. La succession *ab intestat* est le testament présumé du *de cujus*. Mais c'est un testament général envisagé *in abstracto*, sans égard à la capacité personnelle de celui qui le fait. Il n'est d'ailleurs pas imposé absolument puisqu'il peut être écarté.

Telle est bien la conception qu'il faut se faire de notre régime de droit commun. En l'établissant, les rédacteurs du Code civil se sont conformés à la tradition de nos pays de coutume. Ils l'ont considéré comme établissant une juste balance entre les aliénations actuelles et éventuelles et les acquisitions correspondantes actuellement réalisées ou qui se produiront dans l'avenir. Ils se sont peut-être fait illusion ; mais nous ne pouvons méconnaître que ce régime ne soit très conforme à la nature du mariage qui, en établissant la communauté d'existence, doit amener une communauté d'intérêts. Si on ajoute que c'est le régime le plus favorable aux tiers, on ne

s'étonnera pas que les rédacteurs du Code l'aient choisi de préférence à tout autre.

Applicable toutes les fois que les époux se sont mariés sans contrat, il régira aussi l'association des époux dont le contrat de mariage est nul pour quelque cause que ce soit, notamment à raison de leur incapacité.

C'est ce que décide la grande majorité des auteurs et une jurisprudence constante (1).

(1) Aubry et Rau, I, § 502. — Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, n^{os} 204 et suiv. Colmet de Santerre sur Demante, t. VI, n^o 15. — Guillouard, I. n^o 321. — Laurent, XXI, n^o 40.

Cass., civ., 15 novembre 1858. — Sirey, 59, I, 385. — Req., 16 juin 1879. — Sir., 80, I, 166. — D. P., 80, I, 415. Voir aussi Pau, 15 mars 1892. Sir., 93, II, 133.

TROISIÈME PARTIE

LÉGISLATION COMPARÉE

Nous ne pouvons donner qu'un aperçu rapide de législation comparée. Pour avoir une idée nette des législations étrangères en cette matière, il faudrait faire connaître la situation juridique des incapables d'après le droit commun. Il faudrait en outre déterminer d'une façon précise le régime matrimonial des époux mariés sans contrat, ou qui ont fait un contrat nul. Il faudrait enfin fixer l'âge auquel il est permis de contracter mariage. Ce sont des recherches qui auraient dépassé le cadre de notre travail ; nous nous bornerons donc à des indications sommaires.

Les législations de l'Europe se sont formées sous l'influence de deux courants distincts : le droit romain et le droit germanique. Il ne faudrait pourtant pas établir entre les législations de ces deux groupes une scission complète. Comme le fait remarquer M. Glasson, « les nations les plus attachées à leur

« coutume ont subi, dans certains cas, l'influence romaine. A l'inverse, des pays de droit romain par excellence se sont approprié des coutumes germaniques (1) ».

Nous n'en ferons pas moins deux groupes principaux, en nous occupant successivement des pays de droit romain et des pays de droit germanique. Nous consacrerons un troisième paragraphe à la législation anglo-américaine.

§ I. — *Législation dans les pays de droit romain.*

Dans les législations qui se sont inspirées du droit romain, on retrouve à peu près les mêmes règles que celles qu'a consacrées notre Code civil. Les futurs époux incapables doivent être assistés. Faute de l'assistance requise, ils sont soumis à un régime de droit commun, généralement la communauté légale. Il en est ainsi en Belgique où notre Code civil est encore en vigueur. Nous avons déjà cité un arrêt de la Cour de Bruxelles qui déclare l'interdit incapable de se marier (2). C'est une différence à signaler avec la jurisprudence française.

Le Code civil italien de 1865 consacre des règles de capacité analogues. L'article 1386 reproduit à peu

(1) Glasson, *Mariage civil et divorce*.

(2) C. de Bruxelles, 20 décembre 1893. Sir. 95, IV, 5.

près textuellement la disposition de l'article 1398 de notre Code civil en ce qui concerne le mineur. Le mineur capable de contracter mariage, dit cet article, est également capable de donner son consentement pour toutes les stipulations et donations qui peuvent être faites dans son contrat de mariage, lesquelles sont valables s'il a été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage (1). Mais il a pris soin de régler une situation que le Code civil français ne prévoit pas. L'article 1387 décide en effet que : « Pour la validité
« des stipulations et donations faites dans le contrat
« de mariage par celui contre lequel il a été pro-
« noncé une sentence ou seulement introduit une
« instance en interdiction partielle, l'assistance du
« curateur qui sera nommé à cet effet est nécessaire. »
Une disposition analogue figurait déjà dans le Code Albert (article 1151). L'interdiction partielle organisée par les articles 339 à 342 correspond à notre dation d'un conseil judiciaire. Les interdits pour cause de démence ne peuvent pas contracter mariage (art. 61).

La question de savoir si le mineur pouvait être assisté par les personnes que la loi désigne lorsqu'il y a opposition d'intérêts vient d'être tranchée par la Cour de Palerme (2) dans un sens opposé à celui qui

(1) C. civil italien. — Huc et Orsier.

(2) C. de Palerme, 12 mars 1894. Sirey, 95, IV, 5, note Wahl.

a prévalu en France (voir plus haut) et qui prévaut également en Italie (1). La Cour fonde sa solution sur la disposition de l'article 224 du Code civil italien qui correspond à l'article 420 de notre Code. Et elle ajoute que « le contrat de mariage se concluant au moment le plus poétique de la vie de l'homme, les intérêts du mineur risquent de sombrer (2).

Au cas où les futurs époux se marient sans contrat ou font un contrat nul, les époux sont mariés sous un régime de paraphernalité générale. C'est en effet le régime de droit commun italien. Plus exactement, la soumission des époux à ce régime, lorsqu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage ou lorsque ce contrat est nul, résulte de la règle qui déclare paraphernaux tous les biens que la femme ne s'est pas constitué en dot (3).

En Espagne, le fils de famille est longtemps resté en puissance paternelle pendant toute la vie du père. Depuis 1870 il en est affranchi. Mais il reste obligé d'obtenir l'assistance de ses parents. C'est d'autant

(1) Cf. la note de M. Scaudurra Sampollo sous l'arrêt précité dans la *Legge* du 11 octobre 1894, p. 520.

(2) On peut remarquer que la Cour de Palerme pouvait annuler la clause litigieuse par cette seule considération qu'elle ne faisait pas partie du *contrat de mariage*. La clause contenait une reconnaissance de propriété faite par la future épouse mineure au profit de sa mère.

(3) Cf. Huc et Orsier. C. civ. italien, I, p. 258.

plus nécessaire que la loi du 18 juin 1870 avait fixé l'âge de puberté à 14 ans pour les hommes, et à 12 ans pour les femmes. Le Code civil de 1889 a maintenu l'application de ces règles (art. 1318) et a également soumis les autres incapables au régime de l'autorisation pour faire un contrat de mariage valable. Sur ce dernier point le législateur espagnol s'est expliqué d'une façon très nette, contrairement au législateur de notre Code, il n'a pas voulu laisser à la jurisprudence le soin de résoudre une question aussi délicate et aussi pratique. Pour la validité des conventions arrêtées par celui contre qui un jugement d'interdiction civile ou d'incapacité a été prononcé ou simplement demandé par une poursuite régulière, il sera nécessaire d'obtenir l'assistance et le concours du tuteur qui lui sera désigné à cet effet par qui il appartiendra, conformément aux dispositions de ce Code et de la loi de Procédure civile (1) (article 1323).

Le régime de droit commun en Espagne est le régime de communauté réduite aux acquêts (article 1315). C'est aussi le régime auquel sont soumis les époux qui ont fait un contrat de mariage nul. On retrouve un régime analogue dans la législation chilienne (article 1721).

Beaucoup d'autres Codes ont prévu la situation

(1) Collect. de Codes étrangers. Levé, Code civil espagnol.

du mineur pour lui appliquer une règle analogue à la règle française en passant sous silence les autres incapables. Tels sont les Codes portugais (article 1173), hollandais (article 206) et mexicain (article 1903 et 2124) qui diffèrent d'ailleurs très sensiblement, quant à la détermination de l'âge de puberté et de l'âge de capacité civile, et aussi quant au régime de droit commun.

§ II. — *Législation dans les pays de droit germanique.*

Nous venons de montrer que les pays de droit romain avaient reproduit sur la question qui nous occupe des dispositions analogues à celles qui sont contenues dans l'article 1398 de notre Code civil. Au contraire, dans les pays de droit germanique cette question de la capacité en matière de contrat de mariage ne se trouve pas traitée d'une manière aussi précise.

La loi d'Empire du 6 février 1875 (1), avait déjà posé quelques règles générales relativement à l'âge nubile et aux consentements requis pour habiliter les mineurs à contracter mariage.

Le nouveau Code civil allemand va plus loin, et bien qu'en cette matière il ne soit pas très explicite, on peut néanmoins dégager certaines dispositions

(1) *Ann., lég., étrang.*, 1875, p. 215 et suiv.

intéressantes. Il fait la distinction entre les personnes qui ont une capacité restreinte de contracter telles que le mineur (article 107), l'interdit pour faiblesse d'esprit ou prodigalité (article 117) et celles qui, comme le fou, sont atteintes d'une incapacité générale (article 104). Le mineur, le prodigue, ne pourront consentir certains contrats; et certains effets généraux ne leur seront pas opposables s'ils se sont mariés sans le consentement de leur représentant légal, et ce n'est qu'avec ce consentement qu'ils auront la même capacité que le majeur pour consentir leurs conventions matrimoniales. Ainsi l'article 1437 défend à l'un ou à l'autre époux d'établir le régime de la communauté universelle, lorsqu'il n'a qu'une capacité restreinte, s'il n'a pas été assisté pour son mariage de son représentant légal; si ce représentant légal est un tuteur, l'approbation du tribunal des tutelles sera nécessaire. De même, bien que le mari soit en principe l'administrateur des biens de sa femme, l'administration et la jouissance du mari n'auront pas lieu, d'après l'article 1364 du nouveau Code civil, lorsque la femme n'a qu'une capacité de contracter restreinte et s'est mariée sans le consentement de son représentant légal. En pareil cas les époux seront mariés sous le régime de la séparation de biens (articles 1426 à 1431) (1).

(1) Cf. la traduction du Code civil allemand par Meulenaere.

Aux termes de l'article 1331 du nouveau Code les représentants légaux sont, selon les cas, le père, la mère, le tuteur ou le curateur chargé de la personne. Le tuteur peut donc être appelé à donner son consentement au mariage d'un incapable. Sans doute il faut encore, en pareil cas, l'approbation du tribunal des tutelles. Néanmoins, c'est une différence importante avec notre Code civil qui, comme nous l'avons vu, déroge aux principes du droit commun pour l'assistance de l'incapable à son contrat de mariage.

En Autriche, la femme mineure est représentée par son père ou par son tuteur, pourvu de l'autorisation du tribunal pupillaire. « Mais si la future épouse est mineure, dit l'article 1219, *in fine*, le contrat ne peut être conclu que par son père ou par son tuteur avec le consentement du tribunal (1). » Cet article présente une double différence avec notre article 1398 : la future épouse mineure n'agit pas, ce n'est pas elle qui passe son contrat ; elle est représentée. De plus, à défaut du père, ce n'est pas la mère ou les autres parents qui la représentent ; mais le tuteur. La majorité civile est fixée à 24 ans (article 21). Les pactes matrimoniaux peuvent être valablement conclus après la célébration du mariage. Le législateur autrichien a pris soin de régler la situation de certains incapables et a décidé que les furieux, les fous, les imbéciles et les

(1) Cf. G. A. Castelli. *Codice civile austriaco*.

impubères étaient incapables de contracter un mariage valable (art. 48).

Le régime de droit commun est aussi le régime d'exclusion de communauté et non le régime dotal, comme on l'a soutenu. Les époux majeurs peuvent modifier le régime matrimonial légal.

Les Etats Scandinaves adoptent en général le régime de communauté comme régime de droit commun. Il y est rarement dérogé. « Les pactes au contrat de mariage, dit M. d'Olivecrona (1), sont assez rares en Suède, nos mœurs y répugnent. » La capacité a longtemps été régie par des règles archaïques qui n'ont pas complètement disparu.

C'est le mari qui contracte seul s'il est majeur. S'il est mineur, il se fait assister de son père ou de son tuteur. La femme, si elle est mineure, ne figure pas au contrat. Elle y est représentée par un *giftoman* (expression intraduisible). Il en fut ainsi pendant longtemps même de la fille majeure. C'est une loi du 8 novembre 1872 (2), étendue par une loi du 17 mars 1882 aux filles nobles, qui est venue en Suède donner à la fille majeure de 25 ans le droit de passer son contrat de mariage (3).

En Norvège le contrat de mariage est rédigé en

(1) *Revue de Gand*, p. XV, p. 53.

(2) *Ann., de lég., étr.*, t. II, p. 488.

(3) Cf. la traduction des Codes suédois, par M. de la Grasserie, t. XXV et p. 1 et suiv.

présence de deux témoins avec le consentement du tuteur ou du curateur des époux, s'ils sont mineurs (Loi de 1888).

Les législations des cantons suisses se sont inspirées des principes du droit germanique et du droit romain. Elles accusent entre elles de graves divergences (1). Parmi les législations qui ont adopté un régime de droit commun, la plupart l'ont imposé. C'est généralement un régime analogue au régime français d'exclusion de communauté. Dans certains cantons le contrat doit être approuvé par le Conseil communal ou par un tribunal. Il en est ainsi notamment dans le canton de Zurich (Code de 1887, article 615 et suivants. Traduction de M. Lehr).

La majorité, variable suivant les cantons, est souvent plus reculée pour les femmes que pour les hommes. Certaines lois lui imposent même après sa majorité l'assistance d'un tuteur ou de deux témoins pris parmi ses plus proches parents. Il y a là un vestige de la tutelle perpétuelle des femmes qui n'a disparu que tout récemment de la législation suisse (2).

Ces divergences ont cessé par le vote de la loi

(1) Voir notamment l'ouvrage de M. Lardy : « Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle de régime matrimonial quant aux biens et des successions ». Cet ouvrage qui remonte à 1877 doit être complété sur certains points par suite de la promulgation de Codes nouveaux.

(2) Voir l'atlas de géographie juridique qui accompagne l'ouvrage de M. Lardy, cartes n° 1 et 2.

du 22 juin 1881. La majorité est fixée pour les deux sexes à 20 ans (art. 1, al. 2). La capacité s'acquiert en outre par le mariage. Or, la capacité civile relative au mariage a été fixée par la loi du 24 décembre 1824. Avant 20 ans on ne peut se marier sans l'autorisation de ses parents ou de son tuteur. Mais depuis qu'elle a accompli sa vingtième année, toute personne peut se marier sans être tenue de demander l'autorisation d'aucun parent ou tuteur.

§ III

Les législations anglaise et américaine ne se sont pas beaucoup occupées de la capacité requise en matière de contrat de mariage, et ne contiennent pas de dispositions bien précises sur ce point, bien qu'en général le mariage soit précédé d'un contrat réglant les intérêts pécuniaires des futurs époux. Les époux mineurs peuvent valablement leurs conventions matrimoniales. Ils n'auront besoin d'être assistés d'aucun représentant ; mais ce contrat ne sera valable qu'à la condition d'être homologué par la division de Chancellerie de la Haute Cour. Faute d'homologation le contrat ne lie que l'époux majeur ; il est nul si les 2 parties sont mineures. La majorité est fixée à 20 ans pour le futur époux et 17 ans pour la future épouse (1).

(1) Barclay, « Étude sur l'émancipation contractuelle de la femme mariée

Pendant longtemps la Common Law a fait à la femme mariée une situation subalterne qui n'a cessé qu'en 1882 (1). Aujourd'hui elle jouit de toute son indépendance.

Les Etats-Unis avaient longtemps suivi les principes de la législation anglaise relativement à l'absorption de la personnalité de la femme par celle du mari. Ils ont aujourd'hui marché dans la même voie que l'Angleterre ; ils ont donné à la femme sa pleine indépendance (2). Le régime le plus répandu est celui de la séparation de biens (3).

Conflit des Lois

La diversité des législations sur la capacité requise des futurs époux pour passer leurs conventions matrimoniales fait naître une intéressante question de droit international privé : A quelle loi doit-on se référer pour déterminer cette capacité ?

Un principe tend à prévaloir qui rend la solution facile : c'est que l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi nationale. Ce principe, affirmé pour la première fois en 1851 (4), gagne tous les jours

en Angleterre » dans le *Bull. de la Soc. de leg. comp.*, 1882, p. 443. — Adde, Esmein sur Gide, *Condition privée de la femme*, p. 259.

(1) Lehr, *Droit civil anglais*, p. 209.

(2) Cf. *Journ. du Dr., intern., pr.*, 1874, p. 264.

(3) Cf. Gourd, *Annuaire de leg., étr.*, 1879, p. 888.

(4) Voir l'*Annuaire de l'Instr. de Dr. international*.

de nouveaux adhérents. La justification en a été fournie maintes fois (1). Nous ne pouvons, à propos de la question spéciale que nous traitons, la discuter de nouveau. Qu'il nous suffise de remarquer que l'état existe par ses sujets et pour ses sujets. Les lois sont faites par chaque législateur pour ses nationaux.

Montesquieu avait déjà mis ce principe en lumière dans l'*Esprit des Lois* (2). Dès que la loi nationale a jugé un individu capable de contracter il doit être tenu pour tel dans tous les pays. La maturité de son esprit ne varie pas avec les pays où il se fixe. Une femme française mineure qui se marierait en Autriche, par exemple, devrait donc passer elle-même son contrat de mariage, en se conformant aux dispositions de l'article 1398. A l'inverse, la femme autrichienne mineure qui se marierait en France avec un Français ne serait pas recevable à faire son contrat de mariage ; elle devrait être représentée par son père ou son tuteur (3).

Et cependant de nombreux auteurs s'en tiennent encore à la loi du domicile. C'est au domicile que la personne accomplit la plupart des actes de la vie

(1) Cf. Surville, « De la personnalité des lois, envisagée comme principe fondamental du Dr., intern., privé, », 1889, p. 528 et suiv. — Weiss, *Traité du Dr. intern., pr.*, t. III, conflit de Lois.

(2) *Esprit des Lois*, I, ch. III.

(3) Cf. une décision de la Haute Cour de Londres du 6 avril 1887, *Pand., fr.*, 89, V, 30.

juridique. C'est là que se trouve le siège de ses intérêts. En fixant son domicile à l'étranger, on manifeste bien l'intention de renoncer à sa législation nationale et d'adopter les lois du pays où l'on s'établit. Enfin l'intérêt des tiers commande cette solution. Il leur importe de connaître la capacité de la personne avec qui ils traitent. Or, aucun signe extérieur ne révèle sa nationalité ; tandis qu'il est beaucoup plus facile de déterminer le lieu de son domicile.

A ces arguments on répond que le domicile manque de fixité et qu'il est par conséquent quelquefois difficile à déterminer. L'établissement, souvent éphémère en pays étranger, ne peut guère servir à préciser le degré de développement intellectuel qui est nécessaire pour participer aux relations de la vie juridique (1). La condition des personnes ne saurait dépendre des changements de domicile si faciles à opérer. Les changements de nationalité sont au contraire beaucoup plus rares et soumis à des conditions beaucoup plus rigoureuses (2). Nos anciens auteurs se sont attachés à la loi du domicile pour déterminer l'état et la capacité des personnes ; mais

(1) Voir sur ce point les excellentes observations de M. Albéric Rolin dans ses « Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil », I, p. 253.

(2) On sait que l'établissement à l'étranger sans esprit de retour n'est plus une cause de dénationalisation. Loi du 26 juin 1889.

cela s'explique par la nécessité de trancher les conflits qui pouvaient s'élever entre coutumes dépendant de la même nation. Il ne pouvait assurément être question en pareil cas de s'attacher à la loi nationale (1).

La loi du domicile ne peut être prise comme critérium de la solution des conflits de lois que dans des cas exceptionnels que nous ne pouvons pas nous attarder à préciser (2). Ainsi en est-il, par exemple, au cas où une personne n'a pas de nationalité, parce qu'elle a perdu la sienne sans en acquérir une nouvelle. Mais ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi du domicile peut suppléer la loi nationale.

Ajoutons d'ailleurs, pour bien préciser la portée d'application de la loi nationale, que ceux qui l'appliquent ne font aucune distinction, comme les partisans de la théorie statutaire, entre les lois personnelles et les lois réelles, toutes les lois étant, dans leur opinion, principalement faites dans l'intérêt de la personne. Il n'en serait autrement que s'il résultait de ces lois qu'elles ont été édictées dans un but d'intérêt social. Les lois d'ordre public international s'imposent à tous ceux qui habitent le territoire (3).

Enfin une dernière observation très importante

(1) Cf. de Bar, dans le *Journal du Droit international privé*, 1895, p. 25.

(2) Cf. Weiss, *op. cit.*, III, p. 72 et suiv.

(3) Voir sur cette restriction Weiss, *op. cit.*, III, p. 83 et suiv.

sert à préciser la portée d'application de la loi nationale. Toutes les fois que cette loi n'a pour objet que l'intérêt personnel des individus, elle peut être écartée par une manifestation de volonté contraire. Il est permis aux parties de faire régler la partie de leurs conventions par les dispositions législatives qui leur paraissent le mieux répondre à leur but. Ce n'est là qu'une application de la liberté des conventions qui forme une nouvelle restriction à l'application de la loi nationale : restriction fondée sur le principe d'autonomie de la volonté (1). Naturellement, cette restriction ne saurait s'appliquer aux lois impératives ou prohibitives. Il en est ainsi de celles qui régissent l'état et la capacité des personnes.

Ces principes théoriques peuvent très bien s'accommoder avec les règles édictées par le Code civil français. On l'a nié pendant très longtemps. Mais un revirement s'est fait dans la doctrine ; et les auteurs les plus récents s'accordent à décider que le Code civil a répudié la théorie des statuts. Les dispositions contenues dans l'article 3 peuvent parfaitement se concilier avec la théorie moderne de la personnalité des lois, sous les réserves précédemment indiquées.

En ce qui concerne l'état et la capacité, l'article 3 dit que les lois françaises régissent les Français

(1) Cf. Aubry, « Le domaine de la Loi d'autonomie en droit international privé », 1896, p. 145 et suivantes.

même résidant en pays étranger. On a parfois conclu de ces termes que si le Français, au lieu de résider simplement à l'étranger y était domicilié, la loi française cesserait de régir son état et sa capacité ; ce serait la consécration de la théorie qui s'en tient à la loi du domicile pour la solution des conflits de lois. Mais cette théorie est contraire aux travaux préparatoires. Elle est directement contredite par l'article 470 du Code civil qui soumet tous les Français se mariant à l'étranger aux règles qu'édicte la loi française pour la capacité matrimoniale. L'argument de mot tiré de l'expression « résidant » employée par l'article 3 est dépourvue de valeur quand on considère que ce mot est souvent employé dans un sens large visant à la fois de domicile et la résidence.

La loi française ne s'est pas occupée de l'état et de la capacité de l'étranger qui se trouve en France. Dans le silence des textes il semble très juste d'appliquer la théorie rationnelle, qui fait régir l'état et la capacité des personnes par leur loi nationale. C'est la solution qui prévaut aujourd'hui en doctrine

La jurisprudence qui, en principe, adopte la règle lui fait cependant subir quelques tempéraments. Elle décide notamment qu'un mineur étranger, bien qu'il soit incapable, d'après sa loi nationale, ne peut faire annuler les engagements qu'il a contractés envers des Français si on ne peut reprocher à ceux-ci au-

cune imprudence (1). L'argument principal invoqué par cette opinion, qui a été soutenue autrefois par d'éminents auteurs (2), est qu'il est impossible à un Français de connaître les dispositions des lois étrangères. Mais cette objection à l'application de la loi nationale perd tous les jours de sa force. C'est d'ailleurs une objection de fait.

La théorie qui fait régir la capacité des personnes par la loi nationale doit donc toujours être appliquée. C'est ainsi que la femme autrichienne, par exemple, qui se marierait en France en état de minorité, devrait être représentée, comme nous l'avons dit plus haut, par son père ou son tuteur, sous les réserves que nous aurons à formuler plus loin. De même la fille mineure de nationalité norvégienne ne pourrait passer son contrat de mariage qu'en se conformant aux dispositions que nous avons précédemment indiquées.

Les distinctions que l'on avait autrefois proposées entre la capacité générale et la capacité spéciale à certains actes déterminés, sont dépourvues de fondement.

Il n'y a même pas à tenir compte de ce fait que le futur époux incapable, d'après sa loi nationale, serait domicilié en France. De ce que l'article 13 du Code

(1) Cf. Paris, 8 février 1883, *Journal du Droit international privé*, 1883, p. 290.

(2) Valette sur Prud'hon, I, p. 83 et suiv.

civil donne à l'étranger admis à établir son domicile en France tous les droits civils, il n'en résulte pas que sa capacité soit régie par les lois françaises, comme l'ont soutenu quelques auteurs. Ce sont là deux questions tout à fait indépendantes l'une de l'autre. L'article 13 détermine quels sont les droits que l'étranger pourra invoquer en France. Il est admis, dit le texte, à exercer tous les droits civils ; mais il n'en reste pas moins étranger ; et le principe posé relativement à la capacité des étrangers doit continuer à s'appliquer. L'article 13 est tout à fait étranger à la question. Le législateur italien l'a très bien compris. Il donne bien à l'étranger, autorisé à fixer son domicile en Italie, les mêmes droits civils qu'au national italien ; mais il n'en décide pas moins, par une disposition tout à fait générale, que tout étranger reste régi quant à sa capacité par sa loi nationale.

Ce que nous disons s'applique aussi bien à la future épouse qu'au futur époux. L'objection, à la vérité peu sérieuse, qu'on pourrait songer à élever contre cette solution consisterait à dire qu'en général la femme acquiert par le mariage la nationalité de son mari. Dès lors pourrait-on dire, la capacité de l'étrangère qui épouse un Français doit être régie par la loi française qui devient sa loi nationale par le seul fait de son mariage. Mais se serait faire une pétition de principes. Avant de savoir si elle devient française, il faut savoir si elle peut valablement se marier. Or

elle ne peut se marier que si elle est capable d'après sa loi nationale. Et, d'autre part, si elle ne peut pas se marier, on ne peut pas l'admettre à faire son contrat de mariage, puisque le contrat de mariage doit nécessairement précéder la célébration du mariage. Au moment où elle fait son contrat de mariage, elle est donc étrangère et sa capacité doit être régie par sa loi nationale.

Il y a lieu d'examiner encore une question qui, il est vrai, ne fait pas l'objet de vives controverses, et sur laquelle l'accord est à peu près établi. Ne faut-il pas considérer comme une règle de forme, la règle de notre article 1398 qui exige la présence effective des futurs époux au contrat de mariage. Nous croyons qu'il faut l'admettre. Comme le dit très exactement M. Albéric Robin (1) « il ne s'agit pas de savoir si « une autorisation, si un consentement est nécessaire « ou non, mais de déterminer la forme dans laquelle « le consentement devra être exprimé ». En conséquence, il faut décider que la maxime *locus regit actum* s'appliquerait ici.

Par application de ce principe il faudrait décider aussi que la forme dans laquelle sera donné le consentement du tuteur ou de l'ascendant doit être soumise à la règle *locus regit actum*. Il ne faut pas con-

(1) « Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil », III, p. 94, n° 1087.

sidérer ces formes comme des conditions intrinsèques régies par la loi nationale. C'est certainement la solution la plus conforme à l'opinion de la jurisprudence qui considère que les formes de solennité tombent comme les autres sous l'application de la règle *locus regit actum*.

Les questions sur lesquelles nous venons de nous expliquer sont toutes différentes de la question de savoir quel est le régime matrimonial qu'il faut appliquer à des époux étrangers qui se marient en France sans contrat. Sur ce point, la volonté des parties est souveraine sous les restrictions qui résultent de l'ordre public. C'est le principe de l'autonomie de la volonté. Tout revient donc à rechercher quelle a été cette volonté. La jurisprudence française la détermine en principe par la loi du domicile matrimonial (1). Il semblerait préférable de s'attacher à la loi nationale du futur époux qui va devenir la loi nationale des conjoints. Mais cette question est étrangère à celle que nous étudions.

L'application de la loi nationale à la solution des conflits de lois relatifs à la capacité de contracter et spécialement de passer son contrat de mariage tend

(1) Voir Cass., 9 mars 1891, rapport de M. le conseiller Cotelle dans le *Journal de Droit international privé*, 1891, p. 549 et les renvois. Voir les nombreuses références dans l'ouvrage de M. Weiss, III, p. 552,

tous les jours à se généraliser. Elle vient d'être adoptée par un mouvement législatif considérable ; la loi d'introduction du Code civil allemand. L'article 7 de cette loi est ainsi conçu : « La capacité de contracter
« d'une personne est jugée d'après les lois de l'Etat
« auquel appartient cette personne. Lorsqu'un étranger majeur ou ayant la situation juridique d'un
« majeur acquiert la nationalité d'Empire, il conserve
« la situation d'un majeur, même lorsque, d'après les
« lois allemandes, il n'est pas majeur ». La suite du texte applique à la capacité des contractants la règle favorable à la validité des conventions en décidant que « si un étranger fait en Allemagne un acte juridique pour lequel il est incapable, ou n'a qu'une
« capacité restreinte, il est réputé capable pour cet
« acte, en tant qu'il le serait d'après les lois allemandes... » Cette disposition rappelle la restriction apportée par la jurisprudence française à l'application de la loi nationale. On a considéré qu'il était de l'intérêt des sujets allemands de valider un acte passé avec un étranger qui serait capable d'après la loi allemande.

Notons aussi la disposition de l'article 30 de cette même loi qui décide que « lorsqu'une personne
« n'appartient à aucun Etat, ses rapports juridiques,
« en tant que la loi nationale est déclarée applicable,
« se jugent d'après les lois de l'Etat auquel cette personne a appartenu en dernier lieu ; et si, même

« auparavant, elle n'a appartenu à aucun Etat, d'après
« les lois de l'état dans laquelle elle a ou a eu, à
« l'époque à considérer son domicile, et faute de do-
« micile sa résidence ». Et enfin le nouveau Code
allemand contient encore cette dernière disposition
qui est conforme aux principes rationnels précé-
demment exposés. « L'application d'une loi étrangère
« est exclue, lorsque cette application serait contraire
« aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande. »

Ces principes avaient déjà été consacrés par le
Code civil italien de 1865 (article 6) portant dans des
termes très généraux que « l'état et la capacité des
« personnes sont réglés par la loi de la nation à la-
« quelle elles appartiennent », ce qui vise à la fois les
Italiens à l'étranger et les étrangers en Italie. On
trouve une solution analogue dans la loi espagnole
dans la loi du 24 juillet 1889 (article 9).

Le projet de Code civil belge (titre préliminaire
article 4), est également conforme à ces principes :
« L'état et la capacité des personnes ainsi que les
« rapports de famille sont régis par les lois de la na-
« tion à laquelle les personnes appartiennent ».

C'est également la solution consacrée par la loi
fédérale suisse sur la capacité civile du 21 juin
1882 (1). L'article 10 est ainsi conçu. « Les disposi-
« tions de la présente loi s'appliquent à tous ressor-

(1) Alfred Martin, « Étude sur la capacité civile au point de vue du
droit international selon la législation fédérale suisse. »

« tissant suisses, soit qu'ils résident en Suisse, soit
« qu'ils demeurent à l'étranger. La capacité civile
« des étrangers est régie par le droit du pays auquel
« ils appartiennent. Toutefois, l'étranger qui, d'après
« le droit suisse, posséderait la capacité civile s'oblige
« valablement par les engagements qu'il contracte
« en Suisse, lors même que cette capacité ne lui
« appartiendrait pas selon le droit de son pays. »

La jurisprudence anglaise est encore très hésitante. La loi du *domicile d'origine* paraît cependant de plus en plus appliquée (1). Il en était fait application il y a quelques années précisément à la capacité de passer son contrat de mariage. La Haute Cour de justice de Londres (Division de la Chancellerie) (2), décidait que la femme anglaise mineure qui se marie en France avec un Français est régie par la loi de son domicile d'origine, la loi anglaise, quant à la capacité de disposer de ses biens par contrat de mariage.

La tendance est donc manifeste dans les législations modernes. C'est à la loi nationale qu'on donne la préférence pour la solution des conflits de lois relatifs à la capacité des personnes. Cette tendance a encore été accentuée par l'Institut de droit interna-

(1) Voir sur les tendances du droit international privé en Angleterre l'étude de M^e Laîné. « De l'application des lois étrangères en France et en Belgique » dans le *Journal de Dr. international privé*, 1896, p. 483.

(2) Voir la décision dans les *Pand. fr.*, 1889, V, 30.

tional qui déjà, dans sa session d'Oxford en 1879, formulait ainsi les principes de la matière. « L'état
« et la capacité d'une personne sont régis par les lois
« de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité,
« ou bien par les lois du lieu de son domicile d'ori-
« gine lorsque différentes législations coexistent dans
« le même Etat. Lorsqu'une personne n'a pas de na-
« tionalité connue, son état et sa capacité sont régis
« par les lois de son domicile d'origine (1).

Vu :

Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. III, p. 197

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	I
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Des personnes incapables de faire leur contrat de mariage.

CHAPITRE I. — Contrat de mariage du mineur.	11
§ I. — A quels mineurs s'applique l'article 1398 ?	14
§ II. — Quels conventions le mineur est-il capable de faire	16
§ III. —	38
CHAPITRE II. — Contrat de mariage des autres incapables	56
§ I. — Personne pourvue d'un conseil judiciaire	57
§ II. — De l'interdit	76

DEUXIÈME PARTIE

Sanction de l'incapacité

CHAPITRE I. — Caractère de la nullité du contrat de mariage d'un incapable.	101
CHAPITRE II. — Fins de non recevoir contre l'action en nullité du contrat de mariage	112
§ I. — Validité du mariage	112
§ II. — Confirmation et prescription	118

CHAPITRE III. — Effets de la nullité	130
§ I. — Étendue de la nullité	131
§ II. — Régime matrimonial des époux quand le contrat de mariage est annulé.	138

TROISIÈME PARTIE

Législation comparée

§ I. — Législation dans le pays de droit romain . .	146
§ II. — Législation dans le pays de droit germanique.	150
§ III. —	155

ST-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE, BUSSIÈRE FRÈRES.
